

THÈSE DE

PARIS,

1892

N^o. 81.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES DROITS DU CRÉANCIER GAGISTE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉASSURANCE EN MATIÈRE MARITIME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 23 mai 1892, à 2 heures 1/2

PAR

LÉON LANDOUSY

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. ALGLAVE, } *professeurs.*
 { LARNAUDE, }
 LE POITTEVIN, *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

A. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, 16

1892



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES DROITS DU CRÉANCIER GAGISTE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉASSURANCE EN MATIÈRE MARITIME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 23 mai 1892, à 2 heures 1/2

PAR

LÉON LANDOUSY

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. ALGLAVE, } *professeurs.*
 { LARNAUDE, }
 { LE POITTEVIN, } *aggrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

A. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, 16

1892



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

DROIT ROMAIN

DES DROITS DU CRÉANCIER GAGISTE

INTRODUCTION

Chez les Romains, comme de nos jours, le créancier peu confiant en la simple promesse de son débiteur, pouvait fortifier son droit par deux moyens : soit en obtenant des sûretés personnelles, soit en exigeant des sûretés réelles. Pendant longtemps à Rome, les sûretés personnelles furent préférées : *plus est cautionis in persona quam in re*, pensait-on. Cette préférence concordait avec cette idée que l'obligation n'est qu'un rapport entre deux personnes, un lien purement personnel, et n'entraînait pas l'engagement des biens comme conséquence de l'obligation du débiteur. Dans le droit primitif romain, la personne seule du débiteur était tenue ; c'était sur cette personne

que s'exécutait l'obligation *per manus injectionem*. Il était, dès lors, naturel que, lorsque ce rapport personnel paraissait insuffisant, quand la seule promesse du débiteur semblait un lien peu solide, l'on étendit ce rapport par l'adjonction d'autres personnes, l'on fortifiât ce lien par la promesse d'autres débiteurs. Peut-être aussi y avait-il là un reste de cette solidarité d'intérêts et d'honneur qu'on trouve entre les membres d'une même famille, à l'origine de toutes les législations : les cautions romaines étaient presque toujours des parents qui considéraient comme un devoir commun la satisfaction du créancier. Une autre raison explique cette prédominance des sûretés personnelles : c'est l'état économique primitif des Romains : les capitaux, rares d'ailleurs, se trouvaient entre les mains de quelques riches familles : les autres familles, celles des laboureurs et des artisans, ne possédaient qu'un pauvre mobilier et leurs instruments de travail : il ne leur était pas possible de les donner en gage. Du reste, la promesse des *sponsores* n'était-elle pas plus précieuse ? A la place d'un droit sur les objets de peu de valeur le créancier avait la garantie plus efficace de la promesse de plusieurs obligés.

Toutefois, à côté des sûretés personnelles apparurent bientôt les sûretés réelles. Le droit public en donna l'exemple ; il admit, à côté de l'obligation et de l'exécution purement personnelles, l'engagement du patrimoine et l'exécution sur les biens. L'état romain traitait souvent avec des particuliers, soit pour affermer les impôts, soit

pour mettre en adjudication des travaux publics, soit pour vendre ou louer les biens de son domaine. De ceux qui traitaient avec lui, l'Etat exigeait des sûretés personnelles et réelles. Une partie du droit public nommé : *jus prædicatorium* nous montre l'acquéreur des biens de l'Etat obligé à fournir à celui-ci les deux sortes de sûretés : *prædes dato prædiaque subsignato*, disent les textes. Dans cette hypothèse, on procédait à la *prædiorum subsignatio*, c'est-à-dire à l'énumération sur un registre public, signée par l'acquéreur, des immeubles qui lui appartenaient. Parmi les commentateurs du droit romain, les uns ont vu dans cette *subsignatio* une affectation hypothécaire au profit de l'Etat, les autres une simple indication, un simple témoignage de solvabilité. Peu importe ; cette *subsignatio* n'en montre pas moins l'idée d'un lien réel à côté du lien personnel. On ne prend plus en considération la personne seule du débiteur : on s'occupe de ses biens et ils augmentent son crédit, la confiance qu'on peut avoir en lui.

C'était un progrès : il se produisit aussi dans les voies d'exécution : elle se fit sur les biens, non plus sur la personne de l'obligé. Mais ce ne fut d'abord que dans des cas exceptionnels. Pour quelques créances privilégiées, d'un caractère religieux ou d'intérêt public, le créancier pouvait s'emparer lui-même, comme gage, *per pignoris capionem*, d'un objet qui appartenait à son débiteur et le retenir jusqu'à ce qu'il fût payé. Sans doute, dans les cas où cette *pignoris capio* pouvait avoir lieu, il ne s'agissait

pas du gage proprement dit, du gage tendant à assurer l'exécution future d'une obligation non actuellement exigible; dans les hypothèses où l'on y recourait, l'obligation était immédiatement exécutoire : c'était là un gage qui était pris, pour ainsi dire, en punition de l'inaccomplissement d'une obligation qui aurait dû être déjà remplie : ce n'en était pas moins donner accès à l'idée d'engagement d'un bien et ouvrir la voie au gage préventif, au gage contractuel.

Les particuliers, en effet, ne tardèrent pas à mettre en pratique les sûretés réelles, au lieu d'étendre, dans tous les cas, l'obligation du débiteur à des cautions, à des *sponsores*. Les Romains connurent trois modes de garantie réelle : la *fiducia*, le *pignus*, l'hypothèque.

Dans la *fiducia*, le débiteur transférait la propriété d'un de ses biens au créancier; mais un contrat particulier, la *fiducia*, joint à l'acte d'aliénation, imposait au créancier l'obligation de retransférer la propriété au débiteur, après le paiement. Le créancier avait la sûreté la plus complète qu'il pût désirer : Mais le but était dépassé : la propriété transmise était plus qu'une garantie accessoire : le débiteur était à la merci de son créancier : pour remédier aux abus on inventa le *pignus*.

Le *pignus* n'opérait plus le transfert de la propriété au profit du créancier, mais seulement celui de la possession. La garantie était suffisante pour le créancier, mais souvent gênante pour le débiteur qui perdait l'usage de sa chose. Aussi le prêteur en vint à édicter que, lors-

que le débiteur aurait, même par une simple convention, affecté l'un de ses biens à la garantie de son créancier, celui-ci aurait une action réelle pour obtenir la possession de ce bien, non plus dès le jour de la convention, mais seulement au jour de l'échéance, s'il n'avait pas été désintéressé. Le prêteur créa donc l'hypothèque ; elle ne fut, d'abord, que le droit éventuel, sanctionné par une action réelle, à la possession de la chose engagée : plus tard on y joignit, nous le verrons, le droit de vendre cette chose.

C'est dans cet ordre : *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*, que ces modes de garantie réelle furent inventés ; mais la naissance de l'un n'amena pas la disparition de l'autre ; ils coexistèrent et furent pratiqués, la *fiducia* et le *pignus*, longtemps après que l'hypothèque fut connue.

C'est qu'à côté de leurs inconvénients, ils avaient des avantages qui expliquent leur durée. Sans doute, la *fiducia* dépassait le but ; il était imprudent de transférer la propriété au créancier ; mais à raison même de la sécurité complète qu'elle lui donnait, le créancier exigeait parfois cette translation de propriété à son profit. La *fiducia* présentait encore d'autres avantages. Sous le système des actions de la loi, grâce à la *lex commissoria* qui y était fréquemment insérée, elle évitait au créancier les lenteurs et au débiteur la dureté de la *manus injectio*. Plus tard, lorsque le gage fut inventé, il présenta des inconvénients évités dans la *fiducia*, « dans celle-ci, dit M. Labbé, le créancier avait une sécurité juridiquement complète, il

pouvait même ne pas s'embarrasser de la possession et de la garde de la chose, laisser au débiteur l'usage de la chose jusqu'à l'échéance. Il était propriétaire; il avait l'action en revendication » (1). Dans le gage, au contraire, le créancier à la garde ou l'administration de la chose : il est responsable s'il n'agit pas en bon père de famille. Lorsque l'hypothèque fut pratiquée, la *fiducia* transférant la propriété par des modes solennels et publics remédiait au défaut de publicité du système hypothécaire romain. Le créancier devenu propriétaire ne redoutait pas d'être primé par un créancier hypothécaire d'une date antérieure. Cette sécurité parfaite résultant de la fiducia devait être surtout recherchée lorsqu'on eut créé et multiplié les hypothèques privilégiées.

Quant au *pignus*, sa persistance à côté de l'hypothèque s'explique par la sûreté plus grande que, grâce à la possession, il conférait au créancier, possession qui lui était surtout utile lorsque l'objet engagé était un meuble.

C'est dans l'ordre de leur invention que nous ferons l'étude de ces sûretés réelles: *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*, en nous attachant aux droits du créancier.

1. Labbé; appendice au tome III, de *l'explication historique des Instituts de J. Ortolan*: page 919.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FIDUCIA.

Dans les temps primitifs, le seul mode qu'eût le débiteur de conférer au créancier une sûreté réelle était de lui transmettre la propriété d'une partie de son patrimoine, mais en joignant à cet acte d'aliénation un contrat accessoire, un pacte de fiducie qui obligeait le créancier désintéressé à retransférer la propriété au débiteur libéré. Ce contrat, fait de la juxtaposition de deux actes juridiques : transfert de la propriété avec pacte de fiducie, ne servait pas qu'à constituer un gage ; mais c'était dans cette intention qu'il était le plus souvent pratiqué ; aussi l'expression *fiducia* désignait-elle une chose aliénée dans ce but.

Pourquoi, peut-on se demander, puisqu'il ne s'agit que de donner au créancier une garantie pour l'exécution d'une dette non encore échue, pourquoi lui transférer la propriété d'une chose ? Pourquoi lui donner un droit actuel aussi fort que le droit de propriété ? Cela était une nécessité pour le débiteur dans les premiers temps de la législation romaine. Il ne pouvait être ques-

tion de transmettre la possession seule au créancier : la possession, en tant que droit, était alors inconnue : elle n'était qu'un pur fait et ne pouvait devenir l'objet d'actes juridiques. C'est plus tard que la possession fut reconnue comme droit, qu'elle fut sanctionnée, qu'elle devint matière d'actes juridiques, notamment du *pignus*. A notre première époque le droit civil régnait seul. « Or, dit M. Jourdan, il ne connaît que trois droits réels qui, tous les trois, donnent une action réelle, à savoir le domaine quiritaire, le *jus hereditarium*, la servitude en vertu desquels on peut dire : *Aio hanc rem esse meam, aio me heredem esse, aio mihi jus esse per tuum fundum eundi*. La revendication, la pétition d'hérédité, l'action confessoire, ne sont au fond que trois formes d'une même action, la *rei vindicatio* » (1). C'était dans ce domaine restreint que le débiteur devait choisir la garantie à donner à son créancier ; il ne pouvait que lui conférer un droit en vertu duquel celui-ci pût dire : *aio hanc rem esse meam*.

Les textes nous montrent toujours le créancier devenant propriétaire fiduciaire en vertu d'une *mancipatio*, d'une *cessio in jure* : ne pouvait-il donc le devenir en vertu d'une *traditio* avec pacte de fiducie ? En droit, la tradition avec pacte de fiducie n'était pas impossible : mais dans ces premiers temps quelle sûreté de peu de valeur aurait obtenue le créancier en dehors des *res man-*

1. Alfred Jourdan : *l'Hypothèque* ; chap. V. page 34.

cipi ! Cette considération explique la rareté de cette opération et le défaut de mention des textes.

Recherchons quels sont les droits du créancier devenu propriétaire ? Devient-il propriétaire incommutable ou sous condition résolutoire ? La propriété sera-t-elle retransférée, de plein droit, au débiteur par le seul effet du paiement ? C'est la première solution qu'il faut adopter : le droit civil n'admettait pas la condition résolutoire ; sinon, point n'eût été besoin du pacte accessoire de fiducie. La condition résolutoire aurait été exprimée dans la *mancipatio* : elle en eût fait partie intégrante en vertu de la loi des 12 tables : *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Le créancier est propriétaire au regard de tous, du débiteur, des tiers, de l'Etat qui peut exiger de lui l'impôt. Il faut cependant se garder de dire que le créancier a le droit absolu de vendre ; car les parties n'ont pas fait un acte simple, une pure *mancipatio* ou *in jure cessio* ; elles ont fait un acte à double face : par la *mancipatio*, le créancier est devenu propriétaire ; il pourra transférer aux tiers une propriété incommutable ; mais par le pacte de fiducie, il s'est, en quelque sorte, interdit le droit de vendre, la faculté d'user, ne disons pas de son droit, mais de son pouvoir. Le pacte de *fiducie* a, pour ainsi dire, en employant les expressions d'un autre âge, laissé au débiteur une sorte de directe, de domaine éminent. Et cette idée n'est pas restée sans conséquences pratiques : citons les plus remarquables. Paul, dans le texte : *rem legatam testator, si postea pignori vel*

fiduciæ dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur. S. R. III, 6, p. 16. Paul nous montre que l'aliénation fiduciaire d'une chose antérieurement léguée ne révoque pas le legs. Gaius dit au C. III, p. 201 : *debitor qui fiduciam quam creditori mancipaverit aut in jure cesserit detinet, sine furto possidere et usu capere potest* : le débiteur qui détient la chose qu'il a mancipée ou cédée *in jure* avec pacte de fiducie peut aussi posséder et usucaper sans commettre un vol.

Remarquons en dernier lieu cette usucapion privilégiée, nommée *usureceptio*, dont jouit le débiteur qui rentre en possession de la chose qu'il avait aliénée avec pacte de fiducie.

Ces réserves faites, voyons l'étendue des droits du créancier fiduciaire. Il est propriétaire, il a l'action en revendication, « il pouvait, dit M. Labbé, ne pas s'embarrasser de la possession et de la garde de la chose » (1). mais n'était-il pas préférable qu'il eût la possession ? Cela est évident, s'il s'agissait d'un meuble : par la possession, le créancier se mettait à l'abri des aliénations subséquentes du débiteur, et c'est pour désigner ce cas qu'on se servait de l'expression : *pignus fiduciatum*. Même quand le bien aliéné était un immeuble, la possession était utile, du moins à l'origine ; dans les premiers temps, en effet, priver le débiteur de la possession était le seul moyen de le pousser à accomplir son obligation.

1. Labbé : *loc. citat.*

Le créancier pouvait vendre la chose, mais il ne le devait pas. Le débiteur pouvait, à tout moment, payer et, par le fait du paiement, devenir, en vertu du pacte de fiducie, créancier de son ancien créancier. Si celui-ci avait vendu sans droit, il lui était impossible de restituer la chose : il s'exposait aux rigueurs de l'exécution personnelle et il encourait l'infamie.

C'était donc, à l'origine, un moyen de pression sur le débiteur que la prise de possession par le créancier. Mais c'était un moyen bien imparfait et les droits du créancier ne tardèrent pas à être augmentés. Les parties introduisirent dans leur convention la *lex commissoria*, en vertu de laquelle le créancier, non payé à l'échéance, pouvait s'attribuer la chose en paiement. C'était là une sorte de forfait, nuisible tantôt au créancier, si la valeur de la chose était inférieure au montant de la dette, tantôt au débiteur si cette valeur lui était supérieure. Il n'y avait pas loin de cette attribution définitive de la propriété au créancier à la reconnaissance, à son profit, du droit de vendre la chose et de se payer sur le prix. Ne disons pas, avec M. Jourdan, que ce pacte de *vendendo* n'avait pas pour objet de donner au créancier le droit de vendre, droit qu'il avait comme propriétaire, mais bien de le soustraire aux conséquences de l'action *fiduciæ*. Il nous paraît plus exact de dire que le créancier avait le pouvoir de vendre, mais non le droit de vendre qui lui avait

1. Alfred Jourdan : *op. citat.* chap. V, page 43.

été enlevé par le pacte de fiducie : le pacte *de vendendo* le lui attribuait. La vente amenait la liquidation la plus désirable : aussi finit-il par être toujours sous-entendu ; la clause contraire ne faisait qu'obliger le créancier à dénoncer trois fois au débiteur son intention de vendre. A l'inverse du pacte *de vendendo* qui jouit d'une faveur toujours croissante, la *lex commissaria* fut prohibée surtout pour éviter les abus dont pouvait être victime le débiteur aux abois.

Lorsque l'un ou l'autre des droits conférés par la *lex commissoria* ou le pacte *de vendendo* fut reconnu au créancier, il fut loisible à celui-ci de ne plus s'embarrasser de la possession de la chose ; il pouvait la laisser au débiteur, soit en vertu d'un simple *precarium* ou d'un contrat de louage.

La *lex commissoria* et le pacte *de vendendo* supposent l'inexécution de l'obligation ; mais si le débiteur paye, quelle sera la situation du créancier ? Il devient débiteur de la restitution de la chose en vertu du pacte de fiducie. S'il fut une époque où ce pacte ne donnait pas d'action au débiteur, il ne tarda pas à en être autrement. Ce pacte devint vite un véritable contrat engendrant l'action *fiduciæ directæ* au profit du débiteur. Mais le créancier n'était pas non plus sans droit : il avait l'action *fiduciæ contrariæ* pour obtenir remboursement des dépenses qu'il avait faites pour la chose ; *si creditor rem fiduciarium fecerit meliorem ob ea recuperanda quæ impendit, iudicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium*. Paul. S. II, 13, p. 7.

Tels furent les droits du créancier dans ce premier mode de sûreté réelle :

Le domaine quiritaire qui allait au delà du but cherché.

Possession souvent nécessaire au créancier.

Lex commissoria qui aboutissait à une liquidation presque toujours imparfaite.

Pacte *de vendendo*, d'abord facultativement consenti par le débiteur ; puis toujours sous-entendu, et donnant le meilleur mode de liquidation.

Nous allons suivre une évolution analogue en étudiant le second mode de sûreté réelle : le *pignus*.

CHAPITRE II

DU PIGNUS.

Au lieu de transférer au créancier la propriété de sa chose, le débiteur va pouvoir lui en transférer seulement la possession : c'est l'objet du *pignus*.

Ce mot *pignus* a des sens nombreux et variés ; nous l'avons trouvé dans la *pignoris capio*, dans le *pignus fiduciatum* ; parfois il désigne la chose même qui fait l'objet du contrat de gage. Laissons de côté ces aspects et ces définitions multiples : ne nous attachons qu'à deux sens de cette expression : étudions, au point de vue des droits du créancier :

Le *pignus* : contrat réel de gage.

Le *pignus* : droit réel de gage.

I. — CONTRAT RÉEL DE GAGE.

Ce n'est pas sans transition que le droit passe de la transmission de la propriété à la transmission de la possession, de la *fiducia* au *pignus*. Lorsque, le droit de possession étant encore inconnu, le débiteur ne voulait pas

se dépouiller de la propriété de sa chose, il ne pouvait intervenir entre débiteur et créancier qu'un gage de fait : le débiteur laissait à son créancier la *nuda detentio* du bien engagé. Dans la *fiducia* le débiteur était à la merci du créancier ; dans ce gage primitif, dans ce gage de fait les rôles sont renversés : c'est le créancier qui est à la merci de son débiteur ; il n'avait pas de droit : un état de fait avait été créé à son profit, mais sans sanction. Le débiteur était resté propriétaire ; il pouvait à tout instant reprendre, par la *rei vindicatio*, la détention de sa chose. De bonne heure, sans doute, le prêteur secourut le créancier et lui donna une exception de dol, un moyen de repousser cette *rei vindicatio* frauduleuse, *nisi res pignoris nomine tradita fuerit*. C'était reconnaître chez le créancier une sorte de droit, une espèce d'*animus sibi detinendi*, c'était ouvrir la voie au droit de possession. En effet, après avoir sanctionné indirectement cette *nuda detentio* par une exception de dol, le prêteur devait nécessairement aboutir à une protection directe, à la reconnaissance d'un droit. C'est ce qui fut fait. La possession n'a plus été regardée comme un pur fait : « elle a été, dit M. Labbé, considérée et traitée comme un objet de droit, matière d'actes juridiques » (1). Elle a notamment pu faire l'objet du contrat réel de *pignus* : *contractus pignoratitius*, contrat par lequel l'obligé remettait, comme garantie du paiement de sa dette, la possession d'un de ses biens au

1. Labbé, *loc. citat.*

créancier et qui, par des progrès successifs, donna naissance aux deux actions personnelles : *pigneratitia directa* et *pigneratitia contraria*. C'est cette dernière qui sanctionna les droits du créancier gagiste. Il pouvait l'exercer dans de nombreuses hypothèses, soit avant l'échéance, soit après l'échéance de la dette. Les textes nous en indiquent plusieurs :

1° Le débiteur est tenu envers le créancier gagiste de tout dol et de toute faute : le créancier en obtiendra réparation par l'action *pigneratitia directa*. Ulpien se demande si quelqu'un ayant donné du cuivre en gage en affirmant que c'était de l'or, et l'ayant ainsi livré, alors que le consentement des parties a existé sur l'objet qui a été présenté. Ulpien se demande si cet objet est affecté du droit de gage : *quod magis est*, répond-il, *tenebitur tamen pigneratitia contraria actione qui dedit, præter stellionatum quem fecit* : il y a gage, et celui qui a donné le gage sera tenu de l'action *pigneratitia contraria* (loi I, § 2. D. 13. 7).

Ulpien, dans la loi 36, D. 13, 7, rapportant l'opinion de Sabinus qui ne considérait pas comme un vol la substitution du cuivre à l'or au moment même où le gage était donné, a soin d'ajouter que dans ce cas, l'action *pigneratitia contraria* sera accordée au créancier trompé.

Ulpien dans la loi 9, D. 13, 7, nous montre encore une conséquence de la même idée : Si, dit-il, le débiteur a donné en gage la chose d'autrui ou s'est conduit avec mauvaise foi relativement au gage, il y aura lieu à l'action *pigneratitia contraria*.

Paul, loi 16, confirme cette solution en prévoyant en même temps d'autres cas de fraude. Si le débiteur a donné en gage une chose appartenant à autrui ou déjà donnée en gage à un autre créancier ou bien obligé envers l'Etat, il sera tenu de l'action *pigneratitia contraria*. Marcien ajoute dans la loi 32, que dans le cas d'engagement de la chose d'autrui, l'action *pigneratitia contraria* appartiendra au créancier, même si le débiteur est solvable.

2° Le créancier intéressé à la conservation du gage peut faire des dépenses relatives à la chose engagée : il en obtiendra remboursement par l'action *pigneratitia contraria*. Gordien dans la loi 7. C. de *pign. act.* indique nettement cette faculté pour le créancier : *creditor autem necessarios sumptus quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur*. Plusieurs textes du digeste confirment cette solution.

Pomponius dit, dans la loi 8 D. 13. 7 : Si j'ai fait des dépenses nécessaires pour l'esclave ou pour le fonds que j'ai reçu en gage, j'aurai non seulement la rétention, mais l'action *pigneratitia contraria*, par exemple, pendant une maladie de l'esclave j'ai payé un médecin ; puis l'esclave est mort. J'ai étayé ou réparé une maison, puis elle a été détruite par un incendie, de sorte que je n'ai plus rien à retenir.

Ulpien dans la loi 25, accorde l'action *pigneratitia contraria* au créancier qui a fait des dépenses pour faire apprendre un métier aux esclaves qui lui avaient été engagés, s'ils avaient déjà un commencement d'instruction.

Nous verrons que le créancier gagiste n'eut tout d'abord qu'un droit de rétention et qu'une convention formelle était nécessaire pour qu'il eût le droit de vendre la chose engagée. Lorsque le créancier usait de ce droit de vendre, l'action *pigneratitia contraria* pouvait encore trouver son application. Ulpien, l. 22, D. 13, 7, nous le montre dans deux hypothèses : parag. 3 : si après la vente du gage, le débiteur, qui l'avait entre les mains à titre de précaire ou de louage, n'en restitue pas la possession, il est tenu de l'action *contraria* : *si post distractum pignus debitor qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario judicio tenetur*. Parag. 4 : le créancier, en vendant le gage, s'est lié, conformément à l'usage par une *stipulatio duplæ* ; l'acheteur est évincé et recourt contre le gagiste : celui-ci pourra se faire indemniser par l'action *pigneratitia contraria*, s'il prouve que la *stipulatio duplæ* avait rendu la vente plus avantageuse.

Tels sont les droits personnels qu'engendrait au profit du créancier le contrat réel de gage : mais ce n'était pas ces droits que le créancier avait surtout eu vue en exigeant un gage ; c'était un droit spécial sur la chose engagée, un lien, pour ainsi dire, entre lui et cette chose devenue son débiteur accessoire, Passons donc à l'étude de ce droit réel de gage.

II. — DROIT RÉEL DE GAGE.

Ne disons pas tout de suite, droit réel de gage, mais simplement droit de gage. Ce n'est que plus tard, quand l'hypothèque fut connue, que, par une réaction de celle-ci sur le gage, le droit du créancier gagiste devint un droit réel. Dans cette première période, son droit était moins fort ; ce n'était qu'un droit de rétention sanctionné non pas encore par une action réelle, mais par les interdicts possessoires.

Pignus, manente proprietate debitoris, dit la loi 35, D. 13, 7, *solam possessionem transfert ad creditorem*. Voilà donc que, la propriété restant au débiteur, la possession seule passe au créancier. La possession est devenue un droit, l'objet d'un acte juridique : elle se transmet : bien plus ici, dans le gage, ses effets se partagent. Le créancier possède, mais cela n'empêche pas le débiteur de posséder encore s'il a besoin de la possession pour parfaire une usucapion commencée : l. 16, D. 41, 3 : *qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit possidet*. Comment expliquer ce double effet ? à quel titre le créancier possède-t-il ? Comment le débiteur peut-il continuer de posséder ? Comment concilier ces deux possessions parallèles, juxtaposées ?

La possession exige deux éléments : un élément matériel, le *corpus* ; un élément juridique, l'*animus*.

Le créancier a le *corpus* : a-t-il l'*animus*, puisqu'il reconnaît le débiteur comme propriétaire ?

Le débiteur a abdiqué le *corpus* entre les mains de son créancier : comment va-t-il compléter son usucapion : *sine possessione usucapio contingere non potest* ? 2, 25, D. 41, 3.

La possession de l'un n'est-elle pas exclusive de celle de l'autre ? Sur ces points plusieurs solutions ont été proposées ? Examinons-les :

Il n'y a pas, dit-on d'abord, opposition entre le droit du créancier et celui du débiteur : il se passe entre eux quelque chose d'analogue à ce qui a lieu entre nu-propriétaire et usufruitier ; la possession est dédoublée ; de même que le nu-propriétaire ayant conservé l'*animus* possède *corpore* par l'intermédiaire de l'usufruitier, celui-ci n'ayant qu'un *juris possessio*, la *quasi-possessio* du démembrement de propriété dont il jouit ; de même, dans le cas du gage, le débiteur continue de posséder *corpore* par l'intermédiaire du créancier et celui-ci n'a qu'un démembrement de la propriété, partant qu'une *quasi-possessio* qui ne fait pas échec à la possession du débiteur.

Mais ce système va à l'encontre des idées romaines. Ce n'est pas un simple *jus in re*, une simple *quasi-possessio* qu'obtient le créancier ; il a la véritable *possessio* de la chose engagée : elle est sanctionnée, en sa personne, par les interdits possessoires, directs, qui, dès le jour du contrat, sont refusés au débiteur et qui peuvent même être intentés contre lui, s'il trouble le créancier. Le dé-

biteur s'est si bien dépouillé de la possession qu'il ne peut la ressaisir qu'en vertu d'un *precarium* consenti par le créancier : si la chose revenait entre ses mains à titre de louage il ne ferait que la détenir au nom du créancier.

Le créancier a incontestablement le *corpus* : comment acquiert-il l'*animus* nécessaire à la possession ?

Une doctrine n'hésite pas à répondre : il possède *pro suo, animo suo* ; c'est bien dans son intérêt qu'il entend posséder. Le gage lui a transféré, avec la possession de la chose, le droit d'en disposer, de la vendre à défaut de paiement à l'échéance. Le créancier a donc le démembrement le plus important de la propriété, le droit d'annuler la propriété du constituant ; s'il n'a pas un *animus domini* absolu sur la chose, il a du moins, dit M. Machelard, « l'*animus rem sibi habendi*, l'*animus* de s'approprier la valeur vénale de la chose » (1). L'*animus* et le *corpus* nécessaires à la possession sont bien, dit cette doctrine, réunis en la personne du créancier gagiste.

Cette théorie serait soutenable, dans le dernier état du droit, quand le *jus distrahendi* appartient essentiellement au créancier gagiste. Mais c'est lentement que le droit de vendre devint un attribut essentiel du gage ; à l'origine, le créancier n'avait qu'un droit de rétention : les textes, cependant, parlent de possession à lui transmise ; il faut donc en trouver une autre explication. Eh bien, dit-on, ce résultat se justifie par deux considérations :

1. Machelard : *Dissertations de droit romain et de droit français* : page 36.

Le créancier acquiert directement la *corporis possessio* ; il emprunte au débiteur son *animus* : il acquiert cet *animus* par transmission, par dérivation.

En outre, les Romains ont voulu sanctionner l'utilité pratique de la combinaison nouvelle de ce mode d'engagement.

Le transfert de la propriété avec pacte de fiducie offrant trop d'inconvénients, ils trouvaient utile de faire de la possession seule un moyen de crédit. Ils organisèrent le gage conformément au but des parties : ils n'attribuèrent pas au créancier une possession exclusive des intérêts du débiteur : non, la possession passe au créancier, mais les avantages de la possession sont partagés entre les deux parties.

Le débiteur possède *ad usucapionem*, on suppose que, dans ce but, il a retenu le *corpus* : *qui pignoris causa fundum creditori tradit intelligitur possidere* : 36. D. 41, 2, et comme il n'a pas abdiqué l'*animus domini*, l'*usucapio* continue, se complète. N'est-ce pas là un résultat favorable aux deux parties ? Le débiteur devient propriétaire : la sûreté du créancier est par là même consolidée. Les Romains ont, sans hésiter, admis cet effet si profitable aux intéressés.

Le créancier possède *ad interdicta* ; il a les actions possessoires : cela est nécessaire : le débiteur ne se soucie plus de la chose engagée ; il ne défendra pas le créancier contre les tiers : il faut que le créancier ait des moyens de défense personnels.

Les intérêts sont ainsi conciliés : il n'y a pas dédoublement de la possession, comme dans le cas de nu-propriété et d'usufruit, dès lors il n'y a pas un possesseur et un quasi-possesseur. Il n'y a pas deux possessions, ce qui serait contraire au principe : *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*. Il n'y a qu'une possession dont on a partagé les effets dans l'intérêt même des parties. Des considérations d'utilité pratique dominant et expliquent cette combinaison : ne pourrait-on ajouter que la théorie y trouve aussi son compte ? La propriété est restée hors de question : les parties ont fait un acte juridique ayant pour seul objet la possession. Or, la possession *ad usucapionem* est relative à la propriété, le bénéfice n'en doit-il pas être laissé au débiteur ? La possession *ad interdicta*, assurant la garantie recherchée par le créancier, la seule qui lui soit nécessaire, lui est seule acquise. Cela ne peut-il servir à expliquer comment, lorsque le créancier gagiste a retrocédé la possession en précaire au débiteur, celui-ci pourra prétendre à la continuation de l'usucapion ? Ces opérations successives : cession et rétrocession de la possession, n'ont en rien touché à ce qui était relatif à la propriété : le débiteur l'a conservée, s'il l'avait, ou bien il est resté *in causa usucapiendi*.

Le contrat de gage a donc créé, au profit du créancier, droit à la possession de la chose. Cette possession lui sera, le plus souvent, délivrée, de bon gré, par le constituant ; mais, si, le contrat conclu, la mise en possession

est refusée au créancier, aura-t-il des moyens de l'obtenir ?

Ne parlons pas des moyens violents de prendre possession de la chose engagée ; de la *perclusio* pratiquée par le locateur d'une maison et des prises violentes de possession effectuées par les autres créanciers et qui ne constituaient pas pour eux l'exercice d'un droit. Loin de là, de nombreuses lois réprimaient et punissaient ces actes de violence, depuis les lois des 12 Tables, les lois *Plautia* et *Julia de vi* jusqu'au décret de Marc-Aurèle qui allait jusqu'à priver de sa créance même le créancier qui, quoique de bonne foi et sans violence, s'emparait de la chose qui formait sa garantie.

Le créancier avait des moyens légitimes d'obtenir la possession de cette chose. Dans une hypothèse spéciale les Institutes en font foi : *interdictum quoque quod appellatur salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est ; eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset* (1). On donne, pour acquérir la possession, l'interdit nommé salvien, à l'usage du propriétaire du fonds, sur les choses du colon affectées par lui au paiement des fermages. Nous étudierons plus loin cet interdit donné dans un cas spécial, où il n'y a pas un gage ordinaire, *pignus depositum*, mais *pignus oppositum*, la chose engagée restant entre les mains du fermier : de plus, c'est en vertu de la convention même que

1. Instituts : lib. IV, tit XV. *de interdictis*, parag. 3.

la chose est laissée au constituant. Dans les autres hypothèses, il n'est pas douteux que des interdits *adipiscendæ possessionis causa* étaient accordés par le prêteur à tout créancier contre le débiteur récalcitrant.

Il ne suffit pas que le créancier prenne possession de la chose ; la possession est sa garantie, la seule à l'origine du gage. Il faut qu'il la conserve, qu'il la défende contre toutes attaques. Il la défendra contre les tiers au moyen des interdits possessoires. Et, remarquons-le, ces interdits ne lui sont pas seulement accordés, *utilitatis causa*, en vertu d'une fiction, comme s'il était possesseur. Le prêteur les lui accorde, directs, comme sanction d'un droit de possession qui réside en sa personne. Quels seront ces interdits qui maintiendront ou rétabliront le créancier dans sa possession ? S'il s'agit d'un immeuble, ce sera l'interdit *uti possidetis* et, en cas de dépossession violente, l'interdit *unde vi*. Si la chose donnée en gage est mobilière, le prêteur accordera l'interdit *utrubi* en cas de simple trouble ou de violence. Ce ne sera pas seulement contre les tiers que se défendra le créancier à l'aide des interdits ; ce sera contre le débiteur lui-même.

Le créancier a acquis un droit que le débiteur ne peut reprendre à sa guise et qui, vis-à-vis de ce dernier comme vis-à-vis des tiers, sera protégé par les interdits possessoires. Ce résultat pourrait faire croire à l'existence d'un droit réel créé par le contrat de gage : le créancier fait respecter son droit par tous, que les attaques viennent du débiteur ou qu'elles viennent des tiers. Ce serait

une erreur dans cette première période du gage. Les interdits ne sanctionnent pas un droit réel dans la personne du créancier gagiste ; ils ne sanctionnent qu'un droit d'obligation. L'interdit est un ordre personnel adressé par le prêteur à un sujet désigné : *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen personalia sunt*. 1. D. 43, 1. L'interdit ne fait que sanctionner une obligation entre celui contre qui il est intenté et celui qui l'invoque. La formule même de l'interdit *unde vi* en témoigne : *Unde tu vi illum dejecisti*. Voilà comment les Romains sanctionnèrent d'abord la possession du créancier gagiste. Mais, dit M. Machelard, « l'introduction de l'hypothèque a élevé à la portée d'un droit réel la position du créancier gagiste (1). »

Alors le droit de gage devint bien le droit réel de gage et se confondit avec le droit réel d'hypothèque : nous le retrouverons sous ce deuxième aspect. C'était là, sans doute, un effet de l'introduction de l'hypothèque ; mais n'était-ce pas aussi une conséquence, une extension d'une autre idée déjà admise par les Romains : le gage a, pour ainsi dire, fait de la chose du débiteur la chose du créancier : celui-ci est intéressé à sa conservation autant que le propriétaire. En effet, avant même que le créancier gagiste eût un droit réel, sanctionné par une action réelle, le prêteur l'avait, sous des rapports très importants, assimilé au propriétaire.

1. Machelard : *Dissertations de droit romain et de droit français*, page 34.

1^o Le créancier gagiste a une *rei vindicatio utilis* : par une fiction, le prêteur le suppose propriétaire et lui accorde l'action qui n'appartient qu'à celui qui peut dire : *aio hanc rem esse meam*. Julien le dit dans la loi 16 D. 8, 1 : *ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur* : le créancier gagiste aura une action *confessoria utilis* comme il a une *rei vindicatio utilis*, une *fundi ipsius utilis petitio*. La loi 63. D. 42, 2, confirme cette solution : *scientibus sententia, quæ inter alios data est, obest veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris* : au lieu d'agir lui-même, de *proprietate pignoris*, comme il en a le droit, le créancier laisse le débiteur intenter la *vindicatio pignoris* ; la sentence lui sera opposable.

2^o Assimilé au propriétaire, le créancier aura une action *confessoria utilis* pour réclamer la servitude qui grève le fonds qui lui a été donné en gage, l. 16. D. 8, 1. L. unq. D. 43, 25, *ei quoque qui pignori fundum accepit scribit Julianus non esse iniquum detentionem servitutis dari*. l. 9. D. 39, 1.

Il aura l'action *negatoria utilis* pour faire déclarer libre de servitude le fonds soumis à sa garantie.

Le créancier gagiste est si bien le représentant de la propriété que lorsqu'il intente une action contre un tiers, à raison d'une servitude, et que ce tiers n'exécutant pas directement la sentence est frappé d'une condamnation pécuniaire, ce n'est pas l'intérêt seul du créancier qui est pris en considération, mais l'intérêt même du fonds.

Ajoutons que le créancier gagiste peut user des interdits possessoires relatifs aux servitudes.

3° Ces idées, d'intérêt du créancier presque égal à l'intérêt du propriétaire et de représentation de la propriété, de l'intérêt même de la chose par le créancier, expliquent qu'il ait le droit en même temps que l'obligation de veiller à l'intégrité de cette chose, de la défendre contre les empiètements des tiers. Ce but sera atteint par l'action *finium regundorum* : *finium regundorum actio et inter eos qui jure pignoris possident competere potest*. Paul, 4. D. X, 1.

Ce sont ces idées qui servent à expliquer aussi comment l'action *communi dividundo* elle-même peut être intentée contre un créancier gagiste. Un copropriétaire a donné en gage la moitié indivise d'un fonds ; puis un partage a lieu ; le gage frappera même la part du copropriétaire non débiteur ; pour éviter ce résultat qui lui est si défavorable, il agira par l'action *communi dividundo*, non contre son copropriétaire, mais contre le créancier gagiste et par diverses combinaisons il dégagera sa part.

4° Nous retrouvons les mêmes idées dans l'hypothèse du vol de la chose donnée en gage. C'est la chose du créancier qui est volée autant que la chose du propriétaire : le créancier doit avoir les mêmes actions que ce dernier. C'est bien cette considération qui sert à lui conférer la *condictio furtiva* dans la première période du gage ; car il est de principe que cette action n'appartient qu'au

propriétaire ou à celui qui a un droit réel sur la chose volée. Or, à l'origine, le créancier n'a pas de droit réel sur la chose engagée ; il faut qu'il invoque son intérêt à la conservation de la chose pour obtenir, *utilitatis causâ*, la *condictio furtiva*. Quand le droit de gage sera devenu un droit réel, l'action lui compètera par là même. Au contraire, point ne fut jamais besoin du secours de ces idées pour accorder au créancier gagiste l'action *furti* : cette action appartient à toute personne intéressée : or, les intérêts du créancier gagiste sont nombreux et divers : il a intérêt à cause de son droit spécial sur la chose qui forme sa garantie ; il a intérêt parce qu'il doit restituer cette chose après paiement, et que, dès lors, il est responsable de la garde, de la conservation de cette chose ; il a intérêt parce que mieux vaut pour lui n'avoir qu'à vendre la chose et se payer directement sur son prix que de recourir aux lenteurs et aux complications de la *bonorum venditio* ou même de la *distractio bonorum* : *creditori expedit pignori potius incumbere quam in personam agere*. Aussi l'action *furti* devait-elle être accordée au créancier même quand il ne détenait pas la chose, sans que l'on s'inquiétât de rechercher si le débiteur était ou non solvable. Et c'est aussi pour cette raison que l'action *furti* compétait au créancier même lorsque la chose était volée par le constituant coupable d'un *furtum possessionis* : ce vol ne faisait pas disparaître la créance ; il ne rendait pas le débiteur insolvable ; mais *creditori expedit pignori potius incumbere quam in personam agere*. La possession

est la garantie du créancier; il lui importe que nul n'y porte atteinte.

C'était même, nous l'avons dit déjà, son unique garantie au début : le créancier *pignori incumbit*, garantie bien passive. Si le débiteur renonce indéfiniment à l'usage de sa chose, le créancier sera réduit, comme s'il n'y avait pas eu de contrat de gage, à agir *in personam*. Mais ce mode d'exécution est si contraire au but du créancier qu'on a dû de bonne heure chercher un remède à cette situation. Dans la *fiducia*, nous avons trouvé la *lex commissoria* comme moyen de liquidation. C'est elle aussi qui vient dans le gage, au secours du créancier; les parties stipulent qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier deviendra propriétaire. Comment cela se peut-il faire? Dans la *fiducia*, le créancier était devenu propriétaire; le pacte accessoire apportait, il est vrai, des tempéraments à ce droit de propriété; la *lex commissoria* ne faisait, pour ainsi dire, que les enlever, si la condition du non-paiement à l'échéance s'accomplissait : elle rendait absolu et définitif le droit de propriété du créancier. Mais dans le gage il n'est plus question de propriété : le créancier est simplement possesseur.

Comment ce droit de possession va-t-il se transformer en droit de propriété? On supposera une vente faite par le débiteur au créancier et dans laquelle le prix s'imputera jusqu'à due concurrence de la dette ou se compensera à forfait avec la dette. Nous retrouverons ces deux formes de la *lex commissoria* dans l'étude de l'hypothèque

et nous verrons que la seconde si défavorable au débiteur finit par être interdite.

C'est au chapitre suivant que nous reporterons aussi pour éviter des redites, les détails sur le *jus distrahendi*, sur le droit de vendre la chose donnée en gage. Ce fut le second moyen pour le créancier de sortir de cette inaction que lui imposait le droit de rétention qui lui était seul accordé au début.

Ce n'étaient pas là les seuls avantages que le créancier trouvait dans le gage ; ce contrat créait un droit indivisible. L'indivisibilité est une puissante garantie pour le créancier. Nous verrons que ce caractère appartient aussi à l'hypothèque.

Et c'est alors que nous en rechercherons et développerons les conséquences.

Nous avons constaté un grand progrès dans la matière des sûretés réelles en passant de la *fiducia* au *pignus*. Ce dernier mode de garantie atteignait mieux le but, répondait plus à l'intérêt des parties. Le débiteur n'abandonne pas la propriété de sa chose ; il aura non seulement une action personnelle, l'action *pigneratitia directa* pour la réclamer après le paiement ; mais il aura l'action en revendication s'il est propriétaire, et c'est le cas le plus fréquent. L'on voit combien sa situation est préférable à celle que lui créait la *fiducia*. Le créancier, lui, trouve une garantie bien suffisante dans le droit de possession ; il est, dit M. Machelard (1), à l'abri des changements qui

1. Machelard : *Dissertations*, page 36.

pourraient se produire chez le constituant. Nous avons vu que les moyens ne lui manquent pas pour faire respecter son droit, soit par les tiers, soit par le débiteur.

Mais, à côté de ces grands avantages, le *pignus* n'est pas exempt d'inconvénients : il en a pour les deux parties : pour le débiteur qui, du contrat à l'échéance, perd l'usage de sa chose ; pour le créancier possesseur qui ne doit pas se servir de cette chose, et qui, en ayant la garde et l'administration, encourt une grave responsabilité. Ces effets du contrat étaient tellement défavorables aux deux parties qu'on y apporta divers remèdes. Examinons-les : le débiteur, avons-nous dit, est privé de l'usage de sa chose. Voici deux moyens qu'indique la loi 35, D. 13, 7, de lui rendre cet usage : *pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem : potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti*. Le débiteur peut se servir de la chose grâce à un précaire ou à un louage. Le louage ne soulève aucune objection. Le créancier possesseur de la chose engagée en cède la détention au débiteur par un contrat de louage. Le débiteur locataire doit un loyer : celui-ci sera imputé sur les intérêts et sur le capital de sa dette comme si le créancier avait directement obtenu droit aux fruits et à l'usage de la chose par une convention dont nous allons parler, l'antichrèse. Il semblerait que les effets ordinaires du louage dussent se produire ici : *actio locati* pour le créancier locateur ; *actio conducti* pour le débiteur locataire. Mais les textes

paraissent refuser cette dernière action au débiteur qui resterait à la merci du créancier, comme s'il n'avait reçu qu'une concession en précaire. Ce résultat est peu conforme à l'intention des parties, au but du louage, et ne faut-il pas réserver cet effet au cas où le *precarium* est venu apporter un correctif au louage? Les textes prouvent la possibilité de cette combinaison : 3, 6. D. 41, 3, *si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio* : l'on comprend, dans cette hypothèse, le refus au débiteur de l'action *conducti*.

Le précaire ne fut pas admis sans difficulté à cause du principe : *non est precarium suce rei*. Mais la fréquence, l'utilité, la légalité de la combinaison sont démontrées par les textes suivants : l. 6, 4. D. 43, 26 d'Ulpien : *quæsitum est : si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit; an hoc interdictum locum habeat, quæstio in eo est, ut precarium consistere rei suce possit? Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis; et est hæc sententia etiam utilissima : quotidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt, et debet consistere precarium*. La concession en précaire au débiteur lui-même de la chose qu'il avait donnée en gage au créancier est donc possible. Le débiteur retrouve l'usage de sa chose : il continue de posséder *ad usucapionem* et cela, sans que le créancier perde la possession, l. 15, 4. D. 43, 26 : *Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat qui ro-*

gatus sit, dubitatum est? Placet autem, penes utrumque esse eum hominem qui precario datus est; penes eum qui rogasset quia possederat corpore; penes dominum quia non decesserit animo possessione.

Voilà donc l'avantage qu'offrent pour le débiteur les deux combinaisons du louage ou du précaire; avantage considérable pour lui, si la durée n'en était incertaine, puisqu'il est toujours exposé aux changements de volonté du créancier.

Ce n'est pas seulement la situation du débiteur qui est améliorée par un louage ou un précaire, mais encore celle du créancier. Ce dernier détient, en effet, la chose d'autrui à charge de restitution après paiement : il en a la garde, l'administration, la responsabilité : « Soins, peines, soucis, responsabilité sans rémunération, dit M. Labbé, puisque, somme toute, il n'obtient que ce qui lui est dû d'ailleurs, en vertu de la dette garantie (1). » Le louage ou le précaire accordé au débiteur débarrassent le créancier de ces soins et de cette responsabilité.

Au lieu de rendre au débiteur l'usage de la chose, le créancier pouvait l'obtenir pour lui-même. Le gage ne lui a pas conféré le droit de se servir de l'objet engagé ; s'il s'agit d'une chose non productive et qu'il en use, il commet un *furtum usus*; en effet, il y a vol non seulement lorsqu'on détourne la chose d'autrui en vue de se l'approprier, mais d'une façon générale lorsqu'on la manie contre le gré du maître : *itaque, sive creditor pignore,*

1. Labbé : *op. cit.*, page 920.

sive is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committit. Inst., l. 4, t. I, p. 6. S'il s'agit, au contraire, de biens productifs, le créancier est obligé d'en percevoir les fruits ; il en doit compte au débiteur, c'est-à-dire qu'il les impute sur les intérêts et sur le capital de sa créance. Les inconvénients qui résultent pour le créancier de l'application de ces principes peuvent être écartés par une convention spéciale, par le pacte d'antichrèse. Ce pacte lui permet d'utiliser à son profit la chose engagée ; il lui évite, en outre, une reddition de compte : les fruits de la chose se compensent à forfait avec les intérêts de la dette. Le créancier percevra les fruits lui-même ou transmettra à un tiers, par un contrat de louage, le droit de les percevoir.

Dans le premier cas, appliquera-t-on la loi sur le taux des intérêts ? Non, l'antichrèse est un contrat aléatoire : si le bénéfice de la récolte excède le taux des intérêts, le créancier en profite ; s'il est en perte, même par sa faute, il y a compensation à son détriment ; mais il n'est pas responsable de la diminution de la récolte et il ne doit pas compte au débiteur. Dans le deuxième cas, c'est-à-dire dans le cas de louage, les textes ne disent pas si la loi sur le taux des intérêts était encore inapplicable.

Les parties cherchaient, nous le voyons, par divers procédés, à utiliser la chose engagée. Le créancier devait tendre à la laisser entre les mains du débiteur puisqu'il se déchargeait par là de la garde, de l'administration, de la responsabilité.

Il y avait même un cas où il était impossible que la chose ne restât pas entre les mains du constituant ; c'est quand le locataire d'un fonds rural engageait, pour garantir le paiement du fermage, les choses diverses, instruments aratoires, animaux, esclaves qu'il apportait sur le fonds, comme disent les textes : *quæ in fundum invecta, illata, importata, ibi nata factave*. Mais peut-on parler de gage dans cette hypothèse ? Oui, deux explications en peuvent être données :

1° Le créancier a fictivement reçu la possession des objets engagés et il l'a rendue, à titre précaire, au fermier.

2° Le propriétaire n'a pas pris personnellement possession de ces objets ; mais le fonds, sa chose, l'a représenté et a pris possession pour lui. Aussi ne suffisait-il pas que le fermier eût promis d'apporter sur le fonds tels objets en garantie ; il fallait, pour que le gage existât, que l'apport eût été effectué : le gage ne portait que sur les objets qui avaient été réellement *invecta, illata*, auxquels la prise de possession s'était appliquée.

Ce n'est pas seulement cette particularité qu'il faut remarquer dans l'engagement des *invecta et illata* ; c'en est surtout la sanction. Le prêteur a créé, à l'usage du propriétaire rural, un interdit spécial, l'interdit salvien qui faisait réellement passer entre les mains du locateur la possession des choses affectées au paiement des fermages. Quel était le caractère de cet interdit ? Sans aucun doute, les textes le disent formellement, il était *adipiscendæ possessionis* : en effet, que l'on adopte l'une ou l'autre des ex-

plications données, c'est bien grâce à lui que le locateur prend, non plus fictivement ou par l'intermédiaire de sa chose, possession des objets engagés.

Mais était-il restitutoire ou prohibitoire ? Les partisans de la première explication disent : l'interdit salvien n'est qu'une extension de l'interdit *de precario* qui était certainement restitutoire ; mais beaucoup d'interprètes, considérant, dans les textes, la place de l'interdit salvien à côté des interdits prohibitoires qui avaient un but identique au sien, le déclarent prohibitoire. Grave est l'intérêt de la question. A l'époque classique, sans parler de la procédure qui resta toujours *per sponsionem* dans les interdits prohibitoires, l'issue des deux sortes d'interdits était bien différente. L'interdit restitutoire pouvait avoir la formule arbitraire et, dès lors, aboutir directement, au besoin *manu militari*, à la restitution demandée ; la formule de l'interdit prohibitoire ne fut jamais arbitraire et n'aboutissait qu'à des condamnations pécuniaires.

Quelle est la puissance de l'interdit salvien ? Est-il donné *contra quemcumque* ? ou seulement *adversus conductorem* ? à l'époque classique, la première solution ne semble pas faire doute, comme le prouve le texte suivant, l. I, pr. D. 43, 33, *si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, ejus adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet*. Le propriétaire peut user de l'interdit salvien pour réclamer, non seulement l'esclave aliénée, mais aussi l'enfant né d'elle chez l'acquéreur. Le doute existe

sur la législation postérieure. Un rescrit de Gordien dit en parlant de l'interdit salvien : *id enim tantum modo adversus conductorem delitoremve competit* (1). Ce rescrit a soulevé de grandes difficultés. Nombreux sont les systèmes qui ont cherché à concilier les deux textes, de la part des auteurs qui ne veulent pas croire à un changement de législation.

L'interdit salvien peut-il être intenté avant l'échéance ?

L'affirmative n'est pas probable ; il est difficile d'admettre que le fermier pût être privé avant l'échéance des *invecta*, *illata*, notamment de ses instruments de travail. Théophile, dans sa paraphrase des Institutes, la repousse, et quand des auteurs, distinguant entre le fermier lui-même et les tiers, pensent qu'il était possible de l'employer avant l'échéance contre ces derniers, et ajoutent que le locateur est intéressé à faire rentrer sur le fonds et, en quelque sorte, sous sa main les objets qui forment sa sûreté, ils aboutissent, en définitive, au même résultat que les partisans de la négative absolue ; car le but de l'interdit salvien est, non pas de faire rentrer et de laisser les objets engagés sur le fonds, mais de les mettre dans la main du propriétaire. La différence qu'en ce cas l'on veut établir entre le fermier et les tiers est donc minime ; il en est une autre plus remarquable ; c'est que contre le premier, l'interdit salvien est perpétuel, et que contre les seconds, il ne peut plus être intenté, lorsqu'ils

1 L. I., Cod. viii, 9.

ont une possession suffisante pour réussir dans l'interdit *utrubi*. A ce point de vue, et aussi à cause de son caractère d'interdit *adipiscendæ possessionis*, l'interdit servien ne protégeait pas assez énergiquement le propriétaire ; aussi le préteur lui accorda-t-il une véritable action *in rem*, l'action servienne.

Et, quand le préteur eût édicté qu'une simple convention pourrait créer le droit réel d'hypothèque, il n'eut qu'à étendre l'action servienne sous le nom d'action quasi-servienne pour sanctionner cette convention et protéger ce droit réel nouveau. L'action servienne et l'action quasi-servienne, à part la différence résultant de la spécialité de l'objet dans la première, ont des caractères communs que nous étudierons dans le chapitre suivant.

. Nous n'avons plus qu'à rechercher le but, les effets de l'interdit servien et l'utilité qu'il présente à côté de l'action servienne.

L'interdit servien est un moyen possessoire : *in Salviano interdicto*, dit Ulpien : l. 2, D. 43, 33, *si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecata : possessor vincet et erit eis descendendum ad servianum iudicium*. Celui qui aura succombé au possessoire dans l'interdit servien aura la ressource du pétitoire par l'action servienne. Grâce à l'interdit servien le bailleur acquerra la possession : possesseur, il aura le grand avantage d'être défendeur dans tout procès relatif à son droit réel : c'est là l'intérêt, la raison d'être de l'interdit servien à côté de l'action servienne. L'interdit est un moyen possessoire et

l'action un moyen pétitoire : aussi les conditions pour réussir dans le premier sont-elles différentes de celles qu'on doit remplir pour triompher dans l'action. Dans l'interdit il suffit de prouver la convention de gage et la réalité de l'effort des *invecta*, sans que l'on recherche si ces *invecta* étaient ou non *in bonis* du constituant ; au pétitoire, cette dernière preuve doit être fournie.

L'interdit salvien, avons-nous dit, est une voie possessoire. Ulpien : l. 2, D. 43, 33. Julien l. I. D. 43, 33. L'action servienne est une voie pétitoire ; celui qui échoue dans l'interdit peut encore intenter l'action. A cette doctrine, l'on oppose une loi d'Ulpien, la loi 10. D. 20, I. Cette loi semble dire qu'on n'obtiendra pas plus par l'action servienne que par l'interdit salvien. Mais la conciliation entre ces divers textes nous paraît bien facile. Dans les deux premières lois il n'est question que des droits du bailleur.

Dans la loi 10. D. 20, I, Ulpien vise le cas d'un créancier hypothécaire ordinaire ; ce créancier n'a pas d'interdit spécial, comme le propriétaire rural, pour acquérir la possession de la chose qui forme sa sûreté. L'action hypothécaire, que le texte appelle action servienne (ce nom lui était souvent donné), lui est seule possible. Il ne peut être question de rang entre les deux créanciers, puisque les deux hypothèques ont été constituées en même temps : entre eux la possession décidera.

CHAPITRE III

DÈ L'HYPOTHÈQUE.

Interdit salvien, action servienne, le prêteur marchait à grands pas vers l'hypothèque. Il faut le remarquer, dans cet engagement des *invecta* par le fermier, il y a presque une hypothèque, mais pas encore une hypothèque véritable. L'idée de possession immédiate apparaît dans cette convention ; il y a prise de possession fictive par le créancier ou prise de possession, en son nom, par sa chose. Dans l'hypothèque, cette idée n'intervient pas au moment de la convention ; le créancier ne veut pas immédiatement de la possession ; il ne la réclamera que plus tard, à défaut de paiement à l'échéance. L'expérience a démontré qu'il était utile que la chose restât le plus souvent entre les mains du débiteur ; la force des choses imposait cette combinaison dans un cas spécial, dans le cas de louage d'un bien rural. Par cela même que, dans cette hypothèse, le créancier ne possédait pas, il fallait sanctionner énergiquement son droit : c'est le but de l'interdit salvien et de l'action servienne.

Le prêteur a profité de cette expérience et recon-

naissant la force et l'utilité de la sanction qu'il avait créée dans un cas spécial, il a promis, dit M. Labbé, « à la seule condition qu'un pacte aurait assigné une chose à la garantie d'une dette, de donner au créancier une action *in rem*, une sorte de revendication au moyen de laquelle, à l'échéance, à défaut de paiement, il se ferait mettre en possession (1). » Ce pacte, c'est le pacte d'hypothèque ; cette action n'est que l'action servienne étendue, l'action quasi-servienne, l'action hypothécaire. Voilà donc qu'un droit réel, muni d'une action réelle naît d'une simple convention. Et, de même que, dans le gage, le droit de possession du créancier est, dès qu'il est établi, indépendant du débiteur, de même l'hypothèque créée ne peut subir aucune atteinte par le fait du constituant ; ni les aliénations, ni les constitutions postérieures de droits réels par lui consenties ne lui portent préjudice. Le créancier hypothécaire est armé d'un droit réel fortement sanctionné ; droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de son débiteur, droit de suite à l'encontre des acquéreurs des droits réels postérieurs au sien ; et il a l'action quasi-servienne pour faire respecter son droit de suite et reprendre la chose hypothéquée à tout détenteur, et il aura le droit de vendre cette chose afin d'exercer son droit de préférence.

1. Labbé, *op. citat.*, pages 921 et 922.

INFLUENCE DE L'HYPOTHÈQUE SUR LE GAGE

I. — Nous venons de voir que l'hypothèque n'a été, pour ainsi dire, que l'extension d'un cas de gage particulier, sa sanction, la généralisation de l'action donnée dans ce cas spécial. Nous allons montrer maintenant quelle influence l'hypothèque a exercée sur le gage.

L'hypothèque n'est qu'une convention qui affecte spécialement une chose à la garantie d'une dette et cette simple convention suffit à créer un droit réel, sanctionné par une action réelle. Le contrat de gage est plus qu'une convention : il implique une remise de la chose au créancier. Il est plus que l'affectation juridique d'une chose, il est en même temps l'affectation matérielle de cette chose à la garantie du créancier. Il était logique d'étendre au contrat de gage la sanction du pacte d'hypothèque et de donner au gagiste le bénéfice de l'action réelle. Alors, dans cette dernière période, le contrat de gage donne naissance à un véritable droit réel. Le droit réel de gage et le droit réel d'hypothèque sont assimilés. Ils ont une sanction commune portant le même nom, appelée indifféremment action quasi-servienne ou action *pignoratitia*.

Nous avons vu qu'à l'origine le contrat de gage ne créait pas un droit réel. Le droit de possession qu'il conférait au créancier gagiste n'était sanctionné que par les interdits possessoires. Or, les interdits, ne tendaient, pour

ainsi dire, qu'à la répression d'un fait illicite qui ne créait d'obligation qu'à la charge de celui qui l'avait commis. Cette fois, le créancier gagiste, comme le créancier hypothécaire, a la ressource d'une action réelle; il atteindra quiconque tentera de porter atteinte à son droit réel; il n'invoquera plus un rapport d'obligation entre lui et son adversaire. C'est sa chose qu'il réclamera à tout possesseur. Le contrat de gage, le pacte d'hypothèque ont fait de la chose du débiteur presque la chose du créancier : celui-ci la reprend à quiconque la détient, comme un véritable propriétaire, et les textes vont parfois jusqu'à qualifier de *vindicatio* l'action hypothécaire.

Quel va être le rôle de cette action réelle à côté des interdicts récupérateurs ?

La grande supériorité de l'action quasi-servienne consiste dans son caractère d'action réelle. *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (1). Or, dit Ulpien, l. 25. pr. D. 44. 7. *in rem actio est perquam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus : et semper adversus eum est qui rem possidet*. La réalité de l'action ressort de sa forme ; comme dans la formule de toute action réelle, l'*intentio* de l'action hypothécaire ne contient pas le nom du défendeur : ce n'est pas une obligation personnelle qu'invoque le créancier, mais un droit réel qui doit être respecté par tous. L'interdit, au contraire, n'est qu'une sorte d'*actio in personam* : le défendeur a, par son fait, en dépossédant le

1. L. I., 17, de *pignor.*, D. xx. I.

créancier, créé à sa charge une obligation, un lien purement personnel entre le demandeur et lui.

L'interdit *unde vi* ne peut être intenté que contre l'auteur de la dépossession : il n'atteindra pas les tiers auxquels l'usurpateur aura transmis la possession de la chose. C'est là l'utilité principale de l'action hypothécaire ; elle paraîtra restreinte, dans un cas, à ceux qui admettent que le prêteur a conféré au créancier gagiste le bénéfice d'une *rei vindicatio utilis* ; s'il échoue dans l'interdit, il agira au pétitoire, comme un propriétaire.

Aux autres points de vue, il faut reconnaître que l'interdit *unde vi* aboutissait à une sanction énergique de l'obligation du défendeur et que, parfois, il était plus avantageux que l'action quasi-servienne.

Dans l'interdit *unde vi*, le créancier n'aura qu'à prouver sa possession antérieure à l'usurpation : point n'est besoin de faire preuve du droit de propriété du constituant ou de la non propriété du *dejiciens*. Le débat n'est pas là ; il n'est pas question de propriété. Dans l'action quasi-servienne, le créancier devra démontrer que la chose engagée était *in bonis debitoris* au moment de la convention.

On a coutume de dire : l'interdit est annal, l'action est perpétuelle : elle améliore donc la situation du créancier. En examinant bien le résultat de l'interdit, on voit s'amoindrir cette supériorité. L'interdit est annal, il est vrai, mais seulement au point de vue pénal, en tant qu'il est relatif à l'application d'une peine ; même l'année utile

passée, le *dejectus* recouvre encore le profit que son adversaire a tiré de la *dejectio*; à cet effet, il n'y avait pas de prescription d'un an, le prêteur l'avait formellement édicté : *post annum, de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenit, judicium dabo*. Jamais l'usurpateur ne pouvait garder ce qu'un fait illicite lui avait fait acquérir; aussi, quand il avait conservé l'immeuble, était-ce cet immeuble que, même après l'année, il devait restituer. Et si le même principe ne s'appliquait pas aux ayants-cause à titre particulier de l'usurpateur, il s'appliquait, du moins, à ses héritiers et autres successeurs. Cette solution est indiquée par un texte d'Ulpien : l. 1, 48. D. 43, 16. *Ex causa hujus interdicti, in heredem cæterosque successores, in factum actio competit in id quod ad eos pervenit*, et par un texte du Code, l. 2. C. 8, 4 : *et heredes teneri in tantum quantum ad eos pervenit*.

Continuons le parallèle entre l'interdit et l'action. Dans l'interdit qui ne fait que sanctionner une obligation, on suit le principe des obligations, qui exige, quand la chose n'est plus entre les mains du débiteur par le fait de celui-ci, n'y eût-il pas faute de sa part, que la chose soit réputée subsister et que l'obligé en doive la valeur. Dans l'interdit, si le *dejiciens* a, par son fait, perdu la possession, encore qu'il n'y ait ni dol ni faute à lui reprocher, il encourt néanmoins l'interdit. En ce cas, il peut même y avoir aggravation de sa responsabilité : ce n'est pas seulement la valeur de la chose que le juge devra estimer, mais tout l'intérêt que la pos-

session présentait pour le demandeur : *in interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est quanti intersit possidere*.

l. 6. de Vi.

Dans l'action hypothécaire, on applique les principes suivis dans toutes les actions réelles : celui qui a cessé de posséder par dol : *qui dolo desiit possidere*, est réputé posséder encore : *dolus pro possessione est*. Ici, le simple fait du possesseur ne suffit pas, il faut qu'il y ait dol de sa part. En tout cas, à défaut de restitution, le montant de la condamnation n'excède pas la valeur de la chose réclamée, et même si l'action, au lieu d'être intentée contre un tiers possesseur, l'est contre le débiteur, la condamnation sera égale à la somme due.

Dans l'interdit comme dans l'action, la formule pouvait être arbitraire. Avant de prononcer la condamnation contre le défendeur le juge arbitrait quel mode de satisfaction était le plus juste et convenait le mieux au demandeur. Ici, sans aucun doute, c'était la restitution de l'immeuble ; c'était le but du demandeur. Mais avant que cette restitution de l'immeuble, que le *jussus judicis* put être exécuté *manu militari*, on pouvait y parvenir par des moyens de coercition indirecte dans l'action et non dans l'interdit. En effet, dès le début de l'instance, dans l'action hypothécaire comme dans toute action réelle, le défendeur devait fournir la caution *judicatum solvi*, sinon la possession était immédiatement transférée au demandeur ; c'était celui-ci qui prenait la position avantageuse de défendeur au procès et à toute réclamation il opposait

son droit réel de gage. De plus, la caution *judicatum solvi* garantissait le demandeur de l'insolvabilité du condamné. Ce résultat ne se produisait pas dans l'interdit, pas plus que dans les actions personnelles.

Il faut signaler un point de ressemblance ; dans l'action comme dans l'interdit, si le demandeur n'obtenait pas la restitution, il était admis à fixer lui-même la *litis æstimatio*, le montant de la condamnation. On procédait au *juramentum in litem* dans lequel le créancier évaluait sous serment l'intérêt qu'il avait à la possession de la chose. Et si l'on suppose que ce créancier avait usé du droit de vendre et se fût mis ainsi dans l'obligation de livrer la chose au tiers acquéreur, la *litis æstimatio* pouvait comprendre, non seulement la valeur de la chose, mais les dommages-intérêts auxquels, par l'inexécution de son obligation, le créancier donnait lieu contre lui.

Examinons de plus près l'étendue de la condamnation et recherchons ce que le créancier obtiendra, soit par l'interdit, soit par l'action.

Dans l'interdit, Ulpien pose nettement la règle dans la loi I, 31. D. 43, 16 : *qui vi dejectus est, quidquid damni senserit ob hoc quod dejectus est recipere debet : pristina enim causa restitui debet quam habiturus erat, si non fuisset dejectus*. Il faut que la condamnation rende au créancier tout ce qu'il aurait eu s'il n'avait pas été *dejectus*. Il faut qu'il soit absolument remplacé dans sa situation antérieure à la dépossession. Le *dejiciens* doit restituer, avec l'immeuble, tous les meubles qui s'y trouvaient,

les fruits et autres accessoires, *omnem causam*, et, en ce qui concerne les fruits, non seulement ceux que l'usurpateur a recueillis, mais tous ceux qu'aurait pu percevoir l'ancien possesseur : l. 4, C. 8, 4 : *si de possessione vi dejectus es, eum et lege Julia vis privatæ reum postulare, et ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem præstare oportet : in qua fructus etiam quos vetus possessor percipere potuit, non (tantum) quos prædo percepit, venire non ambigitur*. Et ce n'est pas seulement les fruits que le *dejectus* aurait perçus depuis le jour de l'interdit que doit comprendre la condamnation, mais ceux qu'il aurait recueillis depuis le jour de la dépossession.

Qu'en est-il dans l'action ? Le principe est que le créancier n'obtiendra que les fruits postérieurs à la *litis contestatio* et dans la mesure où cela est nécessaire pour qu'il soit complètement désintéressé. Pour le temps antérieur à la *litis contestatio*, la question ne se pose pas si le créancier poursuit le débiteur : en effet, les fruits n'ont-ils pas été séparés du fonds, ils ne sont qu'une partie du fonds : *fructus pendentes pars fundi esse videntur* ; ont-ils é é perçus, l'hypothèque les atteint directement.

La question ne se pose pas non plus si le créancier agit contre un tiers acquéreur, l'hypothèque n'a pas pu atteindre les fruits qui n'appartenaient pas au constituant au moment de la séparation et qui sont devenus la propriété de l'acquéreur. L. I. 2. D. 20, 1 : *cum prædium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent con-*

venit ; eos consumptos bona fide emptor utili serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Mais le créancier agit-il contre un possesseur non propriétaire ? On prétend que si ce possesseur est de mauvaise foi, il doit même les fruits consommés, comme s'il s'agissait de la revendication d'un propriétaire. Mais cette opinion est en désaccord avec un texte de Marcien, et l'on doit décider que même le possesseur de mauvaise foi ne doit que les fruits existants. L. 16, 4, D. 20, I : *interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet ; quid enim si minoris sit prædium, quam debetur ? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuncior, nisi extant et res non sufficit.*

Il est un dernier point de comparaison à établir entre l'interdit et l'action. Dans l'interdit, le *dejiciens* est tenu *ex delicto* ; il est dès le jour de son délit considéré comme toujours en demeure : tous les cas fortuits sont à sa charge ; à défaut de restitution en nature, il devra une indemnité pécuniaire. Dans l'action, cette solution rigoureuse ne peut être admise : que la chose soit entre les mains du constituant ou d'un tiers, si elle périt par cas fortuit, l'hypothèque et, par suite, l'action hypothécaire s'éteint faute d'objet.

Voilà donc les deux voies de droit qui appartinrent au

créancier gagiste lorsque « l'hypothèque eut élevé à la portée d'un droit réel la position du créancier gagiste. » Il eut, outre les interdits possessoire, le bénéfice de l'action quasi-servienne. Cette action n'était, nous l'avons vu, que l'extension de l'action servienne accordée au bailleur d'un fonds rural. Il est à remarquer que l'action hypothécaire améliora la situation de ce propriétaire. Quand il intentait l'action servienne, pour triompher de son adversaire, il devait prouver deux choses : la convention d'hypothèque et la réalité de l'apport. Quand il eut, comme tout créancier gagiste ou hypothécaire, l'action quasi-servienne, il fut dispensé de cette seconde preuve : l'hypothèque ne suppose pas une prise de possession, comme le gage : la simple convention crée un droit réel, protégé par l'action quasi-servienne ; le *locator fundi* bénéficie de cette action.

De même que l'action servienne a été étendue sous le nom d'action quasi-servienne à tout créancier gagiste ou hypothécaire, l'interdit salvien fut-il, sous le nom de quasi-salvien, accordé à ces créanciers ? La question est fort discutée. Les partisans de l'affirmative prétendent qu'il est logique d'admettre qu'on généralisa le moyen possessoire comme on avait généralisé le moyen pétitoire et ils citent des textes qui semblent parler de l'interdit salvien comme s'appliquant à toutes sortes d'engagement, notamment la loi 2, 3, D. 43, 1 de Paul : *interdictum salvianum quod est de pignoribus*, et le rescrit de Gordien : l. 1, C. 8, 9 : qui renferme cette phrase : *id enim*

tantummodo adversus conductorem debitoremve competit. Mais ces textes ne sont pas concluants et un texte d'Ulpien que nous avons déjà cité : loi 10, D. 20, 1, paraît bien prouver que l'interdit salvien n'a pas été généralisé. Ce texte montre le créancier hypothécaire n'agissant jamais que par l'action quasi-servienne. Au reste, comme on l'a fort bien dit, si l'interdit salvien avait été étendu sous le nom de quasi-salvien à tous créanciers, cet interdit quasi-salvien eût été bien plus important que le premier et le silence des textes serait inexplicable. L'interdit salvien est resté l'apanage exclusif du *locator fundi* : il ne fut même pas accordé au *locator domus* qui en fut toujours réduit au moyen un peu brutal de la *perclusio*.

II. — A l'origine, le gage, nous l'avons vu, ne conférait qu'une *nuda detentio* au créancier : la sûreté de celui-ci se résumait à tenir la chose sous sa main ; c'était dans ce fait matériel de la détention que consistait sa garantie : le gage ne pouvait donc s'appliquer qu'à des choses corporelles. Le nom même du gage, *pignus*, est venu du fait matériel de livraison et d'appréhension de la chose : *pignus appellatum a pugno, quia quæ res pignori dantur, manu traduntur*.

Quand la sûreté du créancier se fortifia, que ce fait matériel de détention se transforma en droit de possession, le contrat de gage n'eut encore pour objet que la possession des choses corporelles : *possideri possunt quæ sunt corporalia*.

L'idée de possession ne fut pas, à l'origine, indépendante de l'idée d'un pouvoir de fait sur la chose : il ne pouvait y avoir aucune relation, aucun pouvoir de fait entre une chose incorporelle et celui qui prétendait avoir un droit sur elle. Dans notre ordre d'idées, le contrat de gage devait créer un rapport matériel entre le créancier gagiste et le bien soumis à sa garantie : c'était surtout parce que le créancier avait un pouvoir de fait sur la chose qu'il se considérait comme plus en sûreté. C'est lentement que le prêteur organisa la possession des choses incorporelles, la quasi-possession. Dans la matière des sûretés réelles, la création de l'hypothèque dut contribuer à étendre le domaine des choses susceptibles d'engagement. Dans l'hypothèque, l'idée de possession n'apparaît plus au premier plan : le créancier ne cherche plus à acquérir, dès le jour de la convention, un pouvoir de fait sur la chose qui forme sa garantie. Cette simplification dans la création des sûretés réelles dut en faciliter l'extension : puisque le créancier ne recherche plus la possession, pourquoi ne pas admettre la possibilité de constituer un gage sur des choses qui ne sont pas susceptibles de possession proprement dite, de détention matérielle. L'hypothèque va étendre le domaine du gage, *lato sensu*. Ce résultat ne se produisit pas tout d'un coup. Dans l'engagement des choses affectées par le fermier au paiement des fermages, que l'on peut presque appeler une hypothèque, il y a encore, nous l'avons dit, une sorte de prise de possession. Ce qui confirme encore cette

idée, c'est d'après M. Jourdan, que « l'action hypothécaire suppose que l'hypothèque a été constituée sur des objets corporels, susceptibles d'appréhension, de possession. Lorsque l'hypothèque porte sur une créance, *pignus nominis*, le créancier, pour faire valoir son droit, n'a pas une action hypothécaire; il a seulement une action utile, une action personnelle utile » (1).

La nécessité d'une prise de possession matérielle disparut donc; mais, puisque le créancier ne recherche plus la possession directement, comme garantie, il lui faudra un autre droit pour aboutir à la liquidation de la dette. La *lex commissoria* ne donnera pas satisfaction au créancier; celui-ci ne désire pas avoir la chose du débiteur. Il lui faut une autre satisfaction, il la trouvera dans le droit de vendre. L'introduction de l'hypothèque a donné un grand essor au *jus distrahendi* et a contribué à le développer aussi dans le contrat de gage. Alors la possession, dans ce contrat, nécessaire surtout en matière mobilière, a été principalement un moyen d'aboutir plus facilement à la vente. La *lex commissoria* finit même par être prohibée: outre les abus auxquels elle donnait lieu, elle était une liquidation anormale. La vente était devenue la liquidation normale, naturelle, essentielle de tout mode d'engagement. Ce n'est plus la propriété, ce n'est plus la possession d'une chose, qui leur est, la plupart du temps, inutile, que veulent les créanciers, mais le droit de

1. Alf. Jourdan : *op. citat.*, page 570.

se débarrasser au plus tôt de cette chose, en la vendant, pour retrouver leurs deniers, leurs capitaux, qui leur sont bien plus utiles. C'est un besoin plus grand de crédit, la nécessité d'un mode d'engagement plus pratique, qui a donné naissance à l'hypothèque, et celle-ci a dû, pour mieux répondre aux besoins du crédit, aboutir le plus promptement possible, à la meilleure liquidation possible. Cette simplification a profité aux autres modes d'engagement : l'hypothèque leur a communiqué l'énergie, la justice, la promptitude de ses effets.

III. — L'introduction de l'hypothèque permet de réaliser un autre progrès dans le domaine des sûretés réelles. Dans la *fiducia*, lorsqu'une fois le débiteur avait transmis la propriété d'une chose à son créancier, il avait épuisé tout le crédit que lui procurait ce bien.

Dans le *pignus*, le même résultat se produisait : la possession immédiate, matérielle d'un créancier était exclusive de la possession d'un autre : *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*. Dans l'hypothèque, au contraire, le même bien peut être la garantie de plusieurs créanciers. Ce progrès tint à ce que l'hypothèque est une simple convention qui n'exige pas, comme le *pignus*, la remise de la possession. La chose reste entre les mains du débiteur : plusieurs conventions successives peuvent créer plusieurs droits réels valables sur cette chose : cela va de soi, si la valeur du bien donné en garantie n'est pas inférieure au montant de toutes les créances. Cela est également vrai si cette valeur ne suffit pas à in-

- denniser tous les créanciers. Mais ces constitutions successives de droits réels amènent, dans ce dernier cas, un conflit entre les titulaires. Comment le résoudra-t-on? Le principe général est que la date de l'hypothèque ou du gage, car la chose donnée en gage à l'un peut être hypothéquée à d'autres, règle le rang des créanciers. Le premier en date est le premier en rang, il est préféré à tous. Vis-à-vis de lui, les autres ont un droit inférieur. Vis-à-vis du débiteur et des tiers, leurs droits sont égaux
- au sien. Le droit du créancier postérieur n'est pas simplement conditionnel : il n'existera pas seulement au jour du désintéressement du *prior*. Il est valable, efficace à l'égard de tous, sauf du *prior* ou de ses ayant-cause, dès le jour de sa constitution. Dès ce jour, le créancier inférieur en rang a les attributs du droit réel d'hypothèque ou de gage : droit de prendre possession, plus tard droit de vendre la chose. Le *posterior* réclame-t-il la possession au débiteur ou à un tiers qui ne tient pas ses droits du *prior*, il triomphera. A l'égard du *prior* ou de ses ayants-cause, il rencontre l'obstacle d'une exception : *si mihi non ante pignoris hypothecæve nomine sit res obligata*, ou *nisi ab eores emptæ est cui ante erat obligata*.

Le *posterior* vend-il ; la vente est valable. Le débiteur qui a donné mandat de vendre ne peut pas l'attaquer : les créanciers d'un rang inférieur à celui du créancier vendeur ne le peuvent pas non plus : à leur égard il est un *prior*.

Mais si le créancier premier en rang revendique son

gage, la vente tombera : tous les droits sont primés par le sien.

L'inégalité est donc grande entre les créanciers à rangs divers, « l'inégalité est telle, dit M. Labbé, que l'on peut soutenir qu'en droit romain, le créancier premier en rang a seul une sûreté réelle » (1). Aussi, quand le débiteur avait déjà constitué une hypothèque et qu'il en consentait une seconde, devait-il, sous peine de stellionat, faire connaître cette situation au second créancier. Dans ce but, il déclarait ne lui affecter que l'*hyperocha*, ce qui excédait le montant de la créance du *prior*, ou la chose *in solidum* après que le *prior* serait désintéressé.

Dans les deux cas, le droit réel atteignait également le bien *in solidum*, sous réserve des droits du premier, mais il était valable dès le moment de la convention.

Ce qui le prouve, c'est que les Romains ont conféré à tout créancier hypothécaire, mais seulement aux créanciers hypothécaires, un bénéfice spécial, le *jus offerendæ pecuniæ* qui permet à un créancier *posterior*, en désintéressant le *prior* de prendre la place de celui-ci. Si le créancier inférieur en rang n'avait eu qu'une hypothèque conditionnelle, il ne lui aurait jamais été possible de tirer profit de ce *jus offerendi*; ni avant le paiement du *prior*, car il n'aurait pas été créancier hypothécaire, ni après le paiement du *prior*, car il devenait alors *prior* lui-même et l'exercice de ce droit devenait inutile.

Le moyen de tirer plusieurs fois crédit de la même

1. Labbé, *op. citat.*, page 928.

chose est dû à l'hypothèque : le bien donné en gage peut être hypothéqué à plusieurs autres créanciers, de même qu'après la constitution d'une hypothèque, il peut être l'objet d'un gage proprement dit. Le gage lui-même n'épuise donc plus d'un seul coup le crédit de l'obligé : celui-ci a, sous ce rapport, trouvé un grand profit dans l'invention de l'hypothèque.

IV. — Nous en sommes arrivés à l'assimilation du droit réel de gage et du droit réel d'hypothèque : cette assimilation est-elle complète ? La phrase de Marcien : *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* : est-elle d'une vérité absolue ? Non, nous allons trouver quelques différences entre ces deux modes de garantie. La loi 9, 2. D. 13,7, nous en indique une : *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*. Elle résulte du but même de l'un et de l'autre. Dans le gage, le créancier veut être immédiatement en possession. Le créancier hypothécaire laisse la chose au débiteur jusqu'à l'échéance. Le gagiste veut une sûreté plus grande ; il veut tenir son gage dès le jour du contrat ; c'est que celui-ci avait surtout pour objet des meubles : *pignus proprie rei mobilis constitui*, et l'on comprend l'exigence du créancier ; il veut se mettre en garde contre les aliénations du débiteur. L'hypothèque s'appliquera surtout aux immeubles ; la possession est inutile au créancier, son gage ne peut pas disparaître.

Il y a, selon certains auteurs, une autre différence entre

le gage et l'hypothèque, en ce qui touche l'époque à laquelle peut être exercée l'action hypothécaire. Examinons ce point, l'action quasi-servienne peut-elle être intentée avant l'échéance?

Non, répond un premier système, l'hypothèque est un droit accessoire : l'action hypothécaire ne peut pas être délivrée avant l'échéance de la dette. Marcien ne dit-il pas que le pacte de *non petenda pecunia intra annum* s'applique tacitement à l'hypothèque? l. 5, D. 20, 6 : *si paciscatur creditor ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse*. Cette solution n'est pas contredite par la loi 13, 5, D. 20, 1, du même jurisconsulte ; en ce cas, l'action hypothécaire s'appuie, pour ainsi dire, sur l'action principale : la dette est exigible.

D'ailleurs, admettre la faculté d'agir par l'action quasi-servienne avant l'échéance « serait contraire à la nature de l'action qui a été introduite pour assurer, mais aussi pour différer jusqu'à l'échéance l'entrée en possession du créancier » (1).

Dans ce système qui refuse absolument l'action hypothécaire avant l'échéance, l'on trouvera néanmoins une différence entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire, si l'on admet que le premier a une *rei vindicatio utilis* : il s'en servira, avant l'exigibilité de la dette, à défaut de l'action quasi-servienne.

Une seconde opinion prétend que l'action hypothécaire peut être intentée avant l'échéance. La preuve en est, dit-

1. Labbé : *op. citat.*, page 923.

elle, dans la loi 1, pr. D. 20, 1 : *quæsitum est si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea : et ita Celsus scribit*. Dans l'hypothèque le créancier laisse la chose au débiteur ; mais il n'a pas renoncé au droit de la lui reprendre, s'il abuse de la possession et compromet sa sûreté. Au reste, la formule de l'action hypothécaire est conçue comme celle de l'interdit salvien : ni l'une ni l'autre ne sont subordonnées à l'exigibilité de la dette. L'on apporte toutefois un tempérament à ce système et l'on admet que si la conduite du débiteur ou du détenteur de la chose ne justifie pas l'emploi de l'action avant l'échéance, le créancier sera repoussé par une exception de dol.

Cette opinion est combattue par plusieurs auteurs qui en rejettent le principe. La loi 14, pr. D. 20, 1, ne s'applique pas, disent-ils, à l'action hypothécaire, mais à l'interdit salvien.

« C'est, dit M. Machelard, au *locator prædii rustici* qu'Ulpien fait allusion dans ce texte : la *persecutio pignoris* s'exercera par la voie de l'interdit salvien. Un créancier gagiste ordinaire sur meubles, nanti de la possession la maintiendrait par l'effet de l'interdit *utrubi qui est retinendæ possessionis causa* ; le *locator fundi* qui n'a jamais possédé assurera par l'interdit salvien l'existence sur les lieux loués des *res invectoræ* » (1).

1. Machelard : *Théorie générale des interdits en droit romain* : page 125.

On peut ajouter que la loi 13, §, D. 20, I, ne prouve pas suffisamment et peut s'expliquer dans la première opinion.

Un troisième système distingue entre le gage et l'hypothèque et ce serait encore une différence à signaler entre ces deux modes de garantie réelle.

Dans le gage, l'action quasi-servienne peut être exercée *ante diem* parce que le gagiste a droit à la possession et qu'il a manifesté l'intention de posséder avant l'échéance : c'est la solution de la loi 14, pr. D. 20, I.

Dans l'hypothèque, au contraire, le créancier a consenti à laisser le débiteur en possession jusqu'à l'exigibilité.

EFFETS COMMUNS DU DROIT RÉEL DE GAGE ET DU DROIT RÉEL D'HYPOTHÈQUE.

Maintenant que le droit de gage est devenu un véritable droit réel et s'est confondu avec le droit réel d'hypothèque, étudions leurs effets communs.

I. — L'un des caractères de ce droit réel est l'indivisibilité : celle-ci est une garantie importante pour le créancier, on la formule souvent en ces termes : *est tota in toto et tota in qualibet parte*, la dette tout entière et chacune de ses fractions est garantie par la chose entière et chacune de ses parties. Remarquons que ce caractère d'indivisibilité n'est pas de l'essence de ce droit réel : le créancier cherche la sûreté la plus grande : pour l'obtenir, il eût stipulé l'indivisibilité : la loi lui en accorde directe-

ment le bénéfice. Mais il nous semble erroné de dire, comme M. Jourdan, pour démontrer que le droit de gage ou d'hypothèque n'est pas essentiellement indivisible :

1° « Une chose peut n'être hypothéquée que pour une partie de la dette, laquelle partie payée, l'hypothèque est éteinte ; l. 5. 1. D. 20, 2 : *voluntate domini induci pignus ita posse ut in partem debiti obligatum sit.* »

2° « Non seulement on peut hypothéquer une part *pro diviso* d'une chose, un *locus certus*, mais une part *pro indiviso*, un tiers, un quart ; et si une chose est simultanément hypothéquée à plusieurs, elle sera, sauf convention contraire, réputée hypothéquée à chacun pour une part seulement, laquelle sera déterminée par le rapport existant entre les diverses créances : loi 10, loi 16, 8, D. 20, 1 » (1).

Il nous semble que l'indivisibilité ne consiste pas à ne pouvoir constituer un gage ou une hypothèque pour une partie de la dette ou sur une partie de la chose. L'indivisibilité ne réside que dans les effets du droit constitué. Que par exemple, le droit ne soit constitué que pour une partie de la dette et que cette partie de la dette se fractionne entre plusieurs héritiers, l'indivisibilité produira ses effets.

Passons rapidement en revue les principales conséquences de l'indivisibilité.

1° Si le débiteur a payé une partie de la dette, la chose

1. Alf. Jourdan : *op. citat.*, pages 196 et 197.

tout entière demeure néanmoins affectée au restant de la créance. Si, par exemple, l'hypothèque a été donnée même pour les intérêts elle ne sera éteinte qu'après paiement de ces intérêts : *propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent* : l. 13, 6. D. 20, I.

2° Le débiteur avait donné plusieurs choses en gage ; il paye une partie de la dette : toutes les choses restent engagées : l. 19. D. 20, I : *qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur*.

3° Si le débiteur vend une partie de la chose engagée, le droit d'hypothèque peut être exercé pour le tout, soit contre le débiteur, soit contre le tiers acquéreur.

4° Si le débiteur laisse plusieurs héritiers et que l'un d'eux paye sa part de la dette, la chose ne sera pas proportionnellement dégagée ; l. I. C. 8, 3, I : *qui pro parte heres extitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest*, et loi 8, 2. D. 13, 7 : *si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset*.

5° Si c'est le créancier qui meurt et laisse plusieurs héritiers et que l'un d'eux soit payé de toute sa part, toute la chose reste néanmoins le gage de chacune des autres parts d'héritier : l. I. C. 8, 32 : *pignus in solidum cuique tenetur*.

II. — En exigeant un gage ou une hypothèque le créancier a manifesté l'intention d'être préféré aux

autres créanciers du débiteur. Un droit de préférence est son but principal. Les autres droits du créancier gagiste ou hypothécaire ne sont que les conséquences, que la sanction de ce droit de préférence. C'est pour en assurer l'efficacité qu'il aura le droit de suite, c'est-à-dire le droit de reprendre la possession de la chose engagée à quiconque l'aura : débiteur, tiers détenteur et parfois créancier hypothécaire. C'est pour le mettre en œuvre, le réaliser, qu'il aura le droit de vendre, le *jus distrahendi*. A l'origine, l'hypothèque ne donnait qu'un droit au créancier, le droit de prendre possession de la chose à défaut de paiement à l'échéance ; à ce moment, le créancier hypothécaire acquérait la situation que le créancier gagiste avait exigée dès le jour de la convention. Comment en acquérait-il la possession ? Par l'action hypothécaire.

Le pacte d'hypothèque a créé un droit réel auquel le débiteur ne peut porter atteinte par la constitution d'un autre droit réel. Le créancier hypothécaire va poursuivre son gage entre les mains de tout possesseur. Mettons-le d'abord en présence du débiteur : il aura facilement gain de cause : il prouvera qu'il est créancier, créancier hypothécaire, et la possession de son gage lui sera attribuée. S'il s'adresse à un tiers qui a acquis la chose postérieurement à l'hypothèque, il y a conflit entre deux droits réels : mais celui du créancier est antérieur : il pesait sur la chose au moment où le tiers l'a acquise : *res cum suo onere transit*. Le créancier le fera respecter à la seule condition de prouver l'antériorité et la validité de son

droit réel. Le conflit s'élève encore entre deux droits réels quand ce sont deux créanciers hypothécaires qui sont parties au procès : celui-là triomphera et obtiendra la possession qui démontrera la validité et l'antériorité de son droit.

Le créancier a obtenu la possession. Il prive le débiteur de l'usage de sa chose : c'est le stimulant le plus propre à agir sur le débiteur, à amener le paiement de la dette ; c'est la seule sûreté du créancier à l'origine de notre droit réel : *incumbit pignori*. Pour recouvrer l'usage de sa chose le débiteur paiera ; ne devra-t-il payer que la dette garantie ? Ou aussi les dettes chirographaires dont il est tenu envers le même créancier ? Le droit de ce dernier à retenir la chose, tant qu'il n'a pas été désintéressé même des dettes chirographaires, a été consacré par une constitution de Gordien. Comment expliquer ce droit de rétention ? En droit français, le créancier qui a exigé un gage pour une première dette, peut le retenir pour une seconde dette, mais seulement si elle est postérieure à la première : il y a engagement tacite pour la sûreté de la deuxième créance : le créancier n'avait pas eu pleine confiance dans le débiteur lors du premier contrat ; à plus forte raison, doit-il avoir une garantie pour le second. En droit romain, on ne peut expliquer par une deuxième constitution de gage tacite le droit de rétention pour dettes chirographaires ; il existe pour toutes les créances, même pour celles qui sont antérieures au contrat de garantie. Pourra-t-on dire : il y a *debitum cum re junctum* ? non il

n'y a aucun lien entre la dette chirographaire et la chose que le créancier prétend retenir. Voici ce qui justifie la constitution impériale : après que le *jus distrahendi* eût fait partie du droit hypothécaire, le créancier qui n'use pas jusqu'au bout de son droit d'hypothèque, qui ne vend pas la chose, ne doit pas être dans une situation moins bonne que le créancier qui a vendu. Ce dernier, touchant le prix de vente, aurait le bénéfice de la compensation pour ses autres créances pures et simples. A celui qui ne vend pas, qui obtient paiement avant de vendre, l'empereur accorde un droit de rétention. La rétention équivaut pour le créancier possesseur à la compensation pour le créancier vendeur. Aussi le droit de rétention n'aura-t-il lieu que pour une dette échue, pour une dette de somme d'argent, pour une dette naturelle, seulement si elle est susceptible d'être invoquée en compensation. Et, de même que le créancier qui a vendu ne peut garder le prix en compensation que s'il se trouve en présence du débiteur et n'a plus le même droit s'il est conflit avec d'autres créanciers hypothécaires, de même, le droit de rétention ne peut être exercé qu'à l'encontre du débiteur et non au détriment de ces autres créanciers.

Il va de soi que, pour avoir le bénéfice du droit de rétention, il faut tenir, posséder la chose. Mais tout créancier possédant la chose jouira de ce droit, qu'il l'ait possédée dès le jour de la convention, comme le créancier gagiste ou seulement au jour de l'échéance, comme le créancier hypothécaire, ou bien qu'il l'ait obtenue par l'exercice

du *jus offerendæ pecuniæ*. Nous allons voir ce que c'est que ce *jus offerendæ pecuniæ*.

De ce qui précède il ressort clairement que le créancier a grand intérêt à posséder la chose. Cet intérêt existera encore quand le droit de vendre appartiendra au créancier gagiste : la prise de possession sera le préliminaire naturel du *jus distrahendi*.

En principe, le créancier *prior*, premier en rang, aura seul la possession d'une façon durable, efficace. Si un créancier postérieur l'obtenait, il devrait la céder au créancier qui démontrerait l'antériorité de son droit. Le créancier *posterior* trouve donc un avantage considérable dans l'acquisition du premier rang. Si le débiteur ne paye pas le premier créancier, il pourra lui-même, créancier *posterior*, désintéresser celui qui le précède : il lui offrira paiement de sa créance, paiement qui ne pourra être refusé par le *prior*, car le *jus offerendæ pecuniæ* appartient à tout créancier hypothécaire et n'est soumis ni à l'agrément du créancier, ni même à celui du débiteur : l. 1 2, 4, L. D. 20, 4. Et en retour de ce paiement, le créancier *posterior* prendra la place du créancier *prior* désintéressé : *in locum creditoris succedit*, à quel titre? On a dit : le créancier *prior* est censé vendre son droit hypothécaire au *posterior* : il le vend pour une somme égale à sa créance, le créancier n'est pas désintéressé par le paiement de la dette, mais par le payement d'un prix de vente : la dette subsiste, mais envers un autre créancier. Cette doctrine doit être écartée : le paie-

ment fait par un deuxième créancier hypothécaire au premier éteint la créance et l'hypothèque de celui-ci ; il ne peut être question de les céder moyennant un prix.

Il est, en outre, à remarquer que les textes qui parlent de l'exercice du *jus offerendæ pecuniæ* ne font pas allusion aux procédés qui servaient à mettre en œuvre la cession de créance chez les Romains.

Une autre opinion dit : oui, la créance est bien éteinte, mais le droit hypothécaire du *prior* subsiste ; il passe au créancier *posterior* qui l'a désintéressé et accède à la propre créance de ce dernier : l. 3, D. 20, 3.

Mais cette doctrine laisse sans explication une condition exigée dans un cas de *successio in locum*. Ce n'est pas seulement le créancier hypothécaire *posterior* qui, par l'exercice du *jus offerendi*, *succedit in locum creditoris prioris*, mais encore le prêteur qui a fourni les deniers employés au désintéressement du *prior* : ce prêteur, lui aussi, *succedit in locum creditoris*. Toutefois, pour que ce résultat se produise, il faut qu'il se soit fait consentir une hypothèque sur les biens grevés de l'hypothèque du créancier payé. Or, dit-on, à quoi bon cette constitution d'hypothèque, si le prêteur acquiert celle du créancier *dimissus* ? Elle serait inutile et puisqu'elle est formellement exigée par les textes : l. 3, D. 20, 3, c'est par ce motif que, l'hypothèque du *prior* étant éteinte, le rang seul de cette hypothèque est acquis au prêteur. Le prêteur, en effet, n'a besoin ni de la créance, ni de l'hypothèque du créancier *dimissus* : pourvu qu'il prenne la place lais-

sée libre par l'extinction de cette créance et de cette hypothèque, pourvu qu'il succède à ce créancier *dimissus* en vertu de son droit, à lui, en vertu du droit réel qu'il a acquis et qu'à cette créance, et à ce droit réel accède le bénéfice du rang laissé vacant, il trouve une garantie suffisante. Mis aux lieu et place du créancier *prior dimissus*, il repoussera les autres créanciers hypothécaires qui voudraient lui enlever la possession de la chose. C'est le bénéfice qui est aussi accordé au créancier hypothécaire qui use du *jus offerendæ pecuniæ*. Il paye le *prior*; il ajoute à sa propre créance et à son propre droit le rang qu'a laissé libre l'extinction de la créance, extinction qu'il a produite en fournissant les deniers qui ont désintéressé le *prior*. Il n'eût trouvé aucun profit à acquérir la créance du *prior*, ni son hypothèque: il lui suffit de confirmer, de corroborer son propre droit en le mettant au rang de l'hypothèque éteinte. Le rang seul du *prior* passe au créancier *posterior*, sans les accessoires du droit du créancier *dimissus*. Il semble cependant qu'une exception était faite pour le *jus distrahendi*, d'après le texte de Paul: l. 3, D. 20, 3: *denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit (non per oblivionem sed cum hoc ageretur, ne posset vendere) videndum an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: sæpe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.*

Il semble résulter de ce texte que, non seulement le rang du *prior*, mais, ici, le bénéfice du *jus distrahendi* passe au créancier *posterior*. Il ne nous paraît pas exact de répondre que le *jus vendendi* passe à ce créancier parce qu'il est un élément naturel de l'hypothèque. Cela n'est pas vrai à l'époque de Paul. « Selon le droit romain à l'époque classique, dit M. Labbé, les parties pouvaient donner ou refuser au créancier le *jus distrahendi* ; elles pouvaient ramener le gage ou l'hypothèque à sa simplicité première et borner le droit du créancier à la possession. » (1) Nous trouvons plus juste de répondre que si, dans l'hypothèse prévue par la loi, le créancier *posterior* qui n'avait pas obtenu le *jus vendendi* profite de ce droit stipulé par le créancier *prior* désintéressé, c'est que, même à l'époque classique, lorsque le *jus distrahendi* appartenait par une convention expresse au créancier, il n'était pas qu'un accessoire de la créance ; il était, pour ainsi dire, le fond, le but même de l'hypothèque ; il était inséparable du premier rang. Et cette explication ne contredit plus le principe que la *successio in locum* ouvre seulement succession au rang au profit du créancier *posterior*.

Le créancier *prior* contre lequel on veut exercer le *jus offerendæ pecuniæ* n'a-t-il pas intérêt à repousser les offres de son adversaire et peut-il les repousser ? Il faut répondre affirmativement aux deux questions. Il est vrai que

1. Labbé : *op. citat.*, page 926.

presque toujours le *jus offerendi* sera exercé par un *posterior*, précisément pour prendre le rang du créancier payé. Mais le créancier *prior* peut avoir intérêt à ne pas laisser prendre son rang, par exemple, s'il veut conserver un bon placement ou s'il a une créance chirographaire pour laquelle il veut user du droit de rétention dont nous avons parlé. Aux offres du créancier *posterior*, il opposera des offres réciproques et le débat sera tranché, comme tout conflit entre créanciers hypothécaires, par la règle : *prior tempore, potior jure*.

Voilà donc le créancier en possession, soit en vertu même du gage, soit que, créancier hypothécaire, il l'ait obtenue au jour de l'échéance, soit que, créancier *posterior*, il ait usé du *jus offerendi* et pris la place du créancier *dimissus*. A l'origine, son seul droit est de rester en possession jusqu'au paiement de la dette. Les créanciers ne purent pas s'en tenir longtemps à cette garantie passive : il fallait liquider la dette. Un moyen, d'abord employé, consista à transformer le droit de possession du créancier gageiste en un droit de propriété à son profit. Les parties convenaient, accessoirement au contrat ou au pacte principal, qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier garderait la chose engagée en qualité de propriétaire. Ce pacte accessoire s'appelait la *lex commissoria*. Ses origines sont lointaines. Il fut pratiqué dans la *fiducia*, mais alors il n'avait pour but que de libérer le créancier propriétaire des obligations que lui imposait le pacte accessoire de fiducie. Dans le gage ou dans l'hypothèque, le débiteur avait

conservé la propriété de sa chose : la *lex commissoria* transférait cette propriété au créancier à défaut de paiement. Le créancier était réputé acheter la chose engagée pour un prix égal au montant de la dette. Ce pacte était dans son intérêt à lui seul et il pouvait ou non s'en prévaloir : s'il n'en usait pas et préférait obtenir paiement de sa créance, il pouvait encore garder la chose, non pas à titre de propriétaire en vertu de la *lex commissoria*, mais à titre de possesseur en vertu du gage ou de l'hypothèque. On comprend les dangers qu'offrait la *lex commissoria* pour le débiteur. Celui-ci accepte toutes les conditions du créancier pour obtenir l'argent dont il a besoin ; il consent à céder éventuellement la propriété d'une chose dont la valeur excède de beaucoup le montant de la dette, espérant qu'à l'échéance il pourra désintéresser le créancier : en outre, s'il a payé une partie de la dette et qu'il ne soit pas en mesure de payer le surplus, la *lex commissoria* n'en produit pas moins ses effets rigoureux. Aussi Constantin la prohiba-t-il par une constitution de l'année 320. Cet empereur ne se contenta pas d'édicter une prohibition pour l'avenir : il annula les *leges commissoriæ* déjà stipulées : *si quis igitur tali contractu laborat hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recipere quod dederunt* : les créanciers perdront leur droit de propriété, ils recouvreront leurs droits de créance : les débiteurs frustrés réclameront la restitution de leurs choses, soit par l'action *pigneratitia*, soit même en vertu de

leur droit de propriété reconquis, par la *rei vindicatio*.

La *lex commissoria* se présentait sous une autre forme plus avantageuse pour le débiteur. Celui-ci vend encore la chose au créancier ; mais le prix de vente, au lieu de se compenser en bloc, à forfait, avec le montant de la dette, est fixé par les experts. Si la valeur de la chose dépasse le total de la dette, la compensation ne s'opère que jusqu'à due concurrence. C'est une vente conditionnelle qui lie les deux parties : le choix n'appartient plus au créancier seul ; le débiteur peut ou payer sa dette ou vendre sa chose moyennant estimation ; s'il a payé une partie de la dette, on lui en tiendra compte ; ses intérêts ne sont plus sacrifiés comme dans la première forme de la *lex commissoria* ; il fut toujours loisible aux parties d'adopter celle-ci sous sa deuxième forme ; l. 16, 9, D. 20, I : *potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc æstimandam ; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita divus severus et Antoninus rescripserunt.*

III. — La *lex commissoria* était un premier moyen de liquidation, un règlement définitif de la situation des parties. Mais ses inconvénients étaient graves pour le débiteur ; elle en présentait aussi pour le créancier qui acquérait la propriété d'une chose qui lui était peut-être inutile, parfois onéreuse et dont il devait chercher à se débarrasser au plus vite. Il parut plus simple de stipuler, dans le contrat de gage ou dans le pacte d'hypothèque,

le droit pour le créancier de vendre la chose engagée, à défaut de paiement à l'échéance, et de se payer sur le prix produit par cette vente sans avoir besoin de passer par l'intermédiaire de la *lex commissoria*. L'hypothèque fut favorable au développement du *jus distrahendi*. Le créancier ne se souciait plus d'avoir la possession de la chose engagée, ou du moins, il ne le recherchait que comme préliminaire de la vente, que comme un moyen d'être mieux en mesure d'exécuter ses obligations de vendeur. « Cette ingénieuse combinaison de l'affectation d'un bien à la sûreté d'une dette et du pouvoir conditionnel de le vendre est, dit M. Labbé, l'œuvre originale de la jurisprudence romaine ; elle réalise en sa plénitude l'idée que suggère l'expression *obligatio rei* ; la chose est un débiteur accessoire, elle doit procurer le paiement » (1).

Le droit de vendre ne fut pas, d'abord, de l'essence de l'hypothèque. Lorsque le prêteur avait créé ce mode de sûreté réelle, il n'avait pas attribué, *ipso jure*, au créancier le droit de vendre ; il n'était question que de la possession dans la formule de l'action hypothécaire. Ce sont les parties qui ont imaginé, organisé le *jus distrahendi* ; le créancier en obtenait le bénéfice du constituant. Le débiteur ajoutait au *jus possidendi* que le contrat ou le pacte conférait de plein droit au créancier, le *jus distrahendi*, le pouvoir de vendre la chose à défaut de paiement à l'échéance.

1. Labbé, *op. citat.*, page 925.

A l'époque classique, c'était encore pour les parties une simple faculté; elles pouvaient réduire le droit du créancier à la possession : l. 3, D. 20, 3. Mais le *jus distrahendi* se généralisa; il devint un élément naturel de l'hypothèque, et par une réaction de celle-ci sur le gage, fit au même titre partie de ce dernier contrat. Il pouvait encore être écarté par une convention expresse. Le silence des contractants n'avait plus qu'un effet; celui d'imposer au créancier les formalités de trois significations au débiteur, avant d'user de son droit. C'est Justinien qui fit du *jus distrahendi* un élément essentiel du droit réel de gage ou d'hypothèque. Si les parties l'ont écarté, leur convention sur ce point n'est pas respectée; on l'interprète seulement en ce sens que le créancier ne pourra procéder à la vente qu'après avoir prévenu le débiteur par trois significations à des délais fixés. Pourquoi l'empereur transforma-t-il le *jus distrahendi* en élément essentiel, inséparable du droit réel de gage ou d'hypothèque? C'est que la vente est la meilleure liquidation possible: pour le débiteur affranchi de la *lex commissaria*; pour le créancier qui retrouve facilement ses deniers. Ajoutons qu'au temps de Justinien, tout créancier, même chirographaire, a le droit de poursuivre l'exécution de l'obligation sur un bien spécial du débiteur et n'en est plus réduit à la vente en masse du patrimoine de celui-ci. L'hypothèque ne pouvait pas enlever un droit que la créance seule donnait; mais, comme le but du créancier pur et simple vendant dans l'intérêt de la masse des créanciers et celui du créan-

cier hypothécaire vendant dans son intérêt exclusif diffèrent, les deux modes d'exercice du *jus distrahendi*, général ou spécial, avaient été diversement réglés.

A l'époque classique, la vente devait être précédée de quelques formalités ; d'un avis donné au débiteur : *denuntiatio*, et d'une annonce publique pendant un an : *proscriptio*. Mais cette réglementation n'était pas observée : c'est qu'en effet, cette publicité était faite peut-être plus dans l'intérêt du créancier que dans l'intérêt du débiteur. Pour ménager complètement les droits de celui-ci et ceux des créanciers postérieurs, il eût fallu exiger la vente aux enchères : *subhastatio*. Mais, à Rome, la vente aux enchères était exceptionnelle ; on n'y recourait que lorsque le créancier était le fisc. En droit privé, le créancier vendait à l'amiable, quand il voulait, non toutefois sans encourir une certaine responsabilité vis-à-vis du débiteur, comme nous l'allons voir en examinant la question suivante. Lorsque le créancier procède à la vente, en quelle qualité agit-il ? Est-ce *jure proprio* ou *procuratorio nomine* ? Sans aucun doute, à notre avis, le créancier vendeur n'agit que *procuratorio nomine*, en vertu d'un mandat du débiteur propriétaire, mandat qui a dû être d'abord conféré expressément au créancier gagiste, qui fut ensuite sous-entendu, et qui, comme tout mandat faisant partie d'un contrat principal, ne put pas être révoqué plus que le contrat principal lui-même.

Il va de soi que ce mandat est donné au créancier autant dans son intérêt personnel que dans celui du débi-

teur ; mais l'intérêt de ce dernier est loin d'être complètement anéanti.

Le principe de la vente *procuratorio nomine* nous paraît ressortir bien clairement des textes qui en indiquent de nombreuses et importantes conséquences.

Le mandat conféré au créancier est, d'abord, soumis à des conditions qui résultent de ce qu'il n'est qu'éventuel, de ce qu'il ne doit être exercé qu'à défaut de paiement. Et comme le paiement ne peut être exigé qu'à l'échéance, c'est à cette époque seulement que le créancier aura le droit de vendre : L. 73. D. 47, 2 : *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset ; aut antequam dies venditionis veniret, pecuniæ non soluta id fecit : furti se obligat.*

Le terme est arrivé : la condition, s'il y en a, est accomplie ; la dette est exigible et non payée : le créancier vend. Va-t-il pouvoir faire complètement abstraction des intérêts du débiteur ? Non, il a reçu un mandat qu'il doit remplir, sinon au mieux des intérêts de l'obligé, du moins en ne lui portant pas volontairement préjudice. Si le créancier vend frauduleusement il est responsable envers le débiteur : L. 7. C. 8, 28. *Si cessante solutione, creditor non reluctant lege contractus ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est : cum si quid in eare fraudulenter fecerit, non emptor a te sed creditor conveniendus sit.* Et si l'acheteur, a participé à la fraude du créancier et que l'insolvabilité de ce dernier ôte toute efficacité au recours du débiteur, le tiers

acquéreur lui-même est subsidiairement responsable. L. I. C. 8, 38. Action de dol contre le créancier, action de dol subsidiaire contre le tiers acquéreur ; le débiteur obtient réparation du préjudice qui lui a été causé. En tout cas, sa dette est éteinte totalement, ou en partie si la chose n'était pas d'une valeur assez grande ; ses intérêts sont suffisamment protégés. Sans doute, un mandataire ordinaire, ayant reçu pouvoir de vendre la chose du mandant et remplissant ce mandat avec infidélité, ne transférerait pas la propriété à l'acquéreur. Le mandant aurait l'action en revendication ; cela est nécessaire pour la réparation complète du tort qui lui a été causé. Dans notre hypothèse, il ne faut pas oublier que le mandataire est à la fois créancier : il a le droit d'être payé. Le débiteur n'a pas exécuté son obligation ; le créancier vend. Il vend frauduleusement ; il est responsable de son dol. Mais ce dol, cette fraude ne font pas disparaître son droit au paiement, l'obligation du débiteur. La vente est maintenue. Le préjudice causé au débiteur est réparé dans la mesure où il doit l'être : le créancier doit être payé ; la vente subsiste pour que ce paiement soit effectué.

Les textes citent même une hypothèse où le débiteur aura plus qu'une action personnelle ; il aura une action en revendication, la propriété de la chose n'a pas été transmise au tiers acquéreur ; l. 5, C. 8, 28 : *si residuum debiti paratus eo solvere, præses provincie dabit (tibi) arbitrum : apud quem quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur : et sive ad judicem venire adversa pars ces-*

saverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit; improba alienatio proprietatis tuæ jus non aufert.

Le créancier a vendu dans des conditions avantageuses pour le débiteur : pourra-t-il revenir sur cette vente ? Non, de l'avis même de ceux qui soutiennent que le créancier agit *jure proprio*.

Le créancier vend et touche le prix, le prix intégral, quand même il excéderait le montant de sa créance. Il est responsable de ce *superfluum*, de cette *hyperocha* envers le débiteur, il ne pourrait déléguer le tiers acquéreur à celui-ci, parce que, dit-on, il agit *jure proprio*. Mais cela n'est pas exact : le créancier agit *procuratorio nomine*. S'il touche le prix intégral, même le *superfluum* ; si, pour cet excédant il ne peut déléguer l'acquéreur au débiteur : c'est qu'il est lui-même responsable de cet excédant ; il ne peut se décharger de ses obligations. Il est tenu de l'action *pigneratitia directa* : c'est par cette action que le débiteur lui demandera compte de la vente et, notamment, de la restitution de l'*hyperocha*.

Le créancier touche le prix. Les auteurs qui prétendent qu'il agit *jure proprio*, disent : il va pouvoir imputer d'abord sur ce prix les dettes naturelles, les dettes pures et simples dont l'obligé est tenu envers lui, contrairement à ce que ferait le débiteur lui-même qui se débarrasserait d'abord des dettes les plus onéreuses. A l'appui de cette doctrine, on cite le texte de Paul ; l. 101. 1, D. 46, 3 : *Paulus respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum*

debitor solvit pecuniam, in potestate ejus esse commemorare in quam causam solveret ; cum autem creditor pignus dishaheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem quæ natura tantum debeatur : et ideo deducto eo debitum peti posse.

Mais ce texte n'est nullement probant. Il se contente de dire : si le créancier a vendu le gage et touché le prix, il pourra le garder comme s'il avait reçu directement paiement du débiteur : *licere ei pretium in acceptum referre*, aussi pour les dettes naturelles, *etiam in eam quantitatem quæ natura tantum debeatur* : l'imputation sur le prix des dettes naturelles n'a lieu que subsidiairement : *etiam*.

Le créancier vend ; vendeur, il doit livrer la chose. S'il l'a en sa possession, il transmet cette possession ; s'il ne possède pas, il transmet son droit à la possession : *creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem* : l. 13. D. 20. 5.

Mais comme un vendeur qui cède son droit propre, qui vend *jure proprio*, le créancier va-t-il garantir la possession paisible et utile de la chose vendue ? Va-t-il être garant de l'éviction ? Non ; il n'a agi que *procuratorio nomine* : l'obligation de garantie ne pèse pas sur lui. Le mandataire ordinaire est garant de l'éviction : le tiers acquéreur n'a eu affaire qu'à lui. Le mandat n'était pas obligatoire pour ce mandataire, il a un recours contre son mandant : tant pis pour lui, si ce dernier est insolva-

ble. Ici, le mandat était, pour ainsi dire, obligatoire pour le créancier : celui-ci n'est devenu créancier que parce qu'il devenait en même temps mandataire, que parce qu'il obtenait le pouvoir de vendre la chose du débiteur. Le mandat est inséparable de la créance. Si le créancier est responsable de l'éviction, il ne retrouve contre son ancien obligé qu'une créance pure et simple, qu'une créance sans garantie. Aussi ne doit-il même pas rendre le prix qu'il a touché ; car ce n'est pas tant un prix de vente que le paiement de la dette. Et, voyez les conséquences de cette idée, ce n'est pas la valeur de la chose au moment de l'éviction que réclamera l'acheteur évincé au débiteur responsable envers lui : c'est le prix de la libération du débiteur. En payant le créancier, l'acheteur a éteint la dette du débiteur ; il a fait les affaires du débiteur comme un *negotiorum gestor*, il aura contre lui l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Tous ces textes légitiment bien notre solution : le créancier ne vend le gage que *procuratorio nomine*. Mais tous les créanciers hypothécaires ont-ils le droit de vendre ?

Quand le gage et l'hypothèque étaient bornés à la possession de la chose, nous avons vu que tous pouvaient la réclamer, soit au débiteur, soit à un tiers détenteur, mais qu'un seul créancier, le premier, l'obtenait d'une façon définitive. Nul autre droit ne pouvait prévaloir contre le sien. Il restait en possession autant que cela lui convenait.

En ce qui concerne le droit de vendre, les mêmes effets se produisent. Tous les créanciers hypothécaires ont, en principe, le *jus distrahendi*, mais un seul, le premier, l'a d'une façon efficace. Lui seul transmet une propriété incommutable aux tiers acquéreurs. Si un créancier inférieur en rang a vendu la chose engagée ; la vente est valable. Elle sera maintenue à l'égard de tous, excepté du premier créancier hypothécaire. Celui-ci intentera l'action quasi-servienne ; il reprendra la possession de la chose ; il la vendra de nouveau et cette vente seule sera durable. Il reprend la possession et attend, pour vendre, le moment qui lui convient. Les autres créanciers sont à sa merci. Mais ici encore, nous trouvons le remède du *jus offerendi*. De même que pour obtenir possession du *prior*, un créancier inférieur en rang doit désintéresser celui-ci, de même le créancier *posterior* doit encore recourir à ce moyen pour consolider son droit de vendre, pour lui donner efficacité. Le créancier inférieur en rang a d'autant plus d'intérêt à prendre la place du premier, que le créancier vendeur peut se payer sur le prix de vente non seulement de sa créance hypothécaire, mais, par compensation, de ses autres créances, même pures et simples. Le droit de rétention pour créances chirographaires qu'a le créancier possesseur devient un droit de compensation pour le créancier vendeur. Poursuivons la comparaison. De même que le droit de rétention ne pouvait être opposé qu'au débiteur, de même le droit de compensation n'existait qu'à l'encontre de ce dernier et non à l'égard des autres créanciers hypo-

thécaires. Il en résulte que, lorsqu'un créancier inférieur en rang veut prendre la place du premier par l'exercice du *jus offerendæ pecuniæ*, la somme qu'il doit lui offrir est non pas égale à toutes les créances même chirographaires de ce *prior*, mais seulement à sa créance hypothécaire. Mais le bénéfice du *jus offerendi*, à l'effet de consolider son droit de vente, n'existe au profit du *posterior* que jusqu'au jour de la vente. Lorsque le créancier *prior* a vendu, le sort de toutes les créances hypothécaires est réglé. La créance et l'hypothèque du *prior* sont éteintes par le paiement ; les autres n'existent hypothécairement, que dans la mesure où il y a un *superfluum*, que dans la mesure où le prix de vente excède les droits du *prior* ; au delà, elles deviennent créances pures et simples. Si un créancier *posterior* s'en prend à celui qui a acheté du *prior*, il sera repoussé par une exception. Et, comme l'hypothèque du *prior* est éteinte par la vente et le paiement du prix, qu'il n'y a plus, dès lors, de créancier *prior*, que les autres créances n'existent plus hypothécairement et que le *jus offerendæ pecuniæ* ne s'exerce qu'entre créanciers hypothécaires, celui qui avait un rang inférieur n'y peut plus recourir après la vente. L. 3, D. 20, 5. La situation hypothécaire est liquidée par la vente consentie par le *prior* : la propriété est transférée d'une façon incommutable à l'acquéreur ; il n'y a plus de *jus offerendi* possible pour le *posterior* ; l'action hypothécaire de celui-ci est repoussée par une exception. Sur ce dernier point, en est-il de même du *prior* ? Supposons qu'il n'ait pas été

complètement payé, son action hypothécaire est-elle éteinte, *ipso jure* ? Ou son ayant-cause aura-t-il besoin d'une exception pour la repousser ? Cette deuxième opinion s'appuie sur un texte d'Ulpien : loi 4, I. D. 20, 6.

Lorsque le créancier veut user du *jus distrahendi* et qu'il ne trouve pas d'acheteur à des conditions satisfaisantes, quels sont ses droits ? La loi 10. C. 8. 28, indique deux moyens de liquidation qui sont interdits au créancier : *jure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subjectam personam creditor comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert præjudicium : sed in eadem causa permanet, in qua fuit ante hujusmodi collusionem*.

1° Il ne peut pas s'attribuer la chose à titre de paiement : la dette ne serait pas éteinte ; la propriété resterait au débiteur qui pourrait reprendre sa chose en désintéressant le créancier.

2° Il ne peut pas acheter par personne interposée, l'acquisition serait nulle : le débiteur conserverait la *rei vindicatio* et la chose lui serait restituée après paiement de la dette.

Deux moyens restent ouverts au créancier : l'achat direct consenti par le débiteur : loi 12, pr. D. 20, 5, et la ressource de la *dominii impetratio*. Les effets de celle-ci sont différents suivant qu'on l'étudie à l'époque classique ou dans le droit de Justinien. A l'époque classique, l'empereur confère au créancier, avec la possession *animo domini*, la propriété bonitaire, par suite le droit d'usucapier. Tant que l'usucapion n'est pas accomplie, le débi-

teur peut reprendre son bien en désintéressant le créancier.

Au temps de Justinien, après une *denuntiatio* au débiteur et un délai de deux ans, accordé à celui-ci pour trouver un acquéreur, l'empereur, à la suite d'une nouvelle signification et d'un nouveau délai, confère la propriété même de la chose au créancier, mais non pas d'une façon incommutable; le débiteur jouit encore, pendant deux ans : *biennium luitionis*, du droit de payer le créancier et de recouvrer sa propriété.

IV. — Il ne faut pas conclure du caractère accessoire de l'hypothèque qu'elle s'éteindra toujours avec le droit personnel auquel elle est attachée. Le droit hypothécaire a une existence indépendante de la créance; il peut lui survivre; parfois il lui donne une efficacité spéciale. C'est que, dit Marcien, l'action hypothécaire a ses conditions propres, savoir si la somme a été payée ou si une satisfaction a été reçue : tant que ces deux conditions ne sont point accomplies, l'action subsiste, l. 13, 4. D. 20, 1. : *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus, tenet*. C'est là le principe de solutions nombreuses et diverses.

1° Quand le créancier poursuit et fait condamner le débiteur, sa créance primitive s'est éteinte et deux fois transformée, comme le montre Gaius : C. 3, p. 180, « une obligation s'éteint encore par la *litis contestatio* quand on intente un *judicium legitimum*; car, dès lors, l'obligation

principale disparaît et le défendeur commence à être tenu en vertu de la *litis contestatio* ; mais s'il est condamné, la *litis contestatio* étant écartée, le défendeur commence à être tenu en vertu d'un jugement ; c'est pour cela qu'on a écrit autrefois : avant la *litis contestatio*, il faut que le débiteur paye ; après la *litis contestatio*, il faut qu'il soit condamné ; après la condamnation, il faut qu'il exécute la sentence. » Mais l'hypothèque, elle, échappe à cette extinction et à ces transformations. Marcien, dans le texte cité, l. 13, 4, D. 20, 1, en donne deux exemples : *Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit, et damnatus sit, æque hypotheca manet obligata ; multo magis ergo, si in personam actum sit, sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata, nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem.*

La *litis contestatio* est une novation ; or, il est de principe que la novation éteint aussi les accessoires de la créance novée. Cependant l'hypothèque subsiste malgré la *litis contestatio* ; c'est que celle-ci ne contient ni paiement, ni autre satisfaction pour le créancier, l. 11, pr. D. 13, 7 : *solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit.* C'est une novation forcée, produite parce que le débiteur n'a pas exécuté son obligation ; il ne faut pas l'assimiler à une novation volontairement consentie par le créancier : l. 11, I. D. 13, 7 : *novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur.*

Après la *litis contestatio*, même après la condamnation l'hypothèque subsiste *ipso jure*; elle protège le créancier contre l'insolvabilité du débiteur.

2° Un créancier libère son débiteur et à la place de celui-ci une femme s'oblige. C'est une *expromissio* nulle, conformément au sénatusconsulte Velleien. Cette nullité ne doit pas nuire au créancier : il recouvrera son ancienne créance avec ses accessoires, mais après avoir obtenu du magistrat une *restitutio in integrum*. L'hypothèque dispense le créancier d'implorer cette *restitutio* : elle a survécu à l'*expromissio* qui n'a pas eu d'influence sur elle; *ipso jure*, le créancier peut intenter son action hypothécaire, car ses conditions propres d'extinction n'ont pas été remplies.

3° L. 14, 1, D. 20, 1 : *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit* : dans tous les cas où il y a une obligation naturelle, le gage continue d'exister, par exemple : 1° la *minima capitis minutio* éteint civilement les dettes du *capite minutus*; elles subsistent naturellement; par suite le gage, l'hypothèque, ne disparaissent pas; 2° le créancier perd son procès parce qu'il n'a pas observé certaines règles de procédure; il reste créancier *naturaliter* et conserve son gage, son hypothèque.

4° L'hypothèque la plus remarquable où l'hypothèque donne à la créance une force, une efficacité qu'elle n'aurait pas sans elle, est celle de la prescription. L'action personnelle s'éteint, l'action hypothécaire survit. Après

avoir longtemps repoussé toute prescription extinctive, les Romains finirent par l'admettre, d'abord pour les actions réelles, puis pour les actions personnelles ; les unes et les autres s'éteignaient par trente ans à défaut de délai plus bref, d'après une constitution de Théodose le Jeune. L'action hypothécaire fut régie par des règles spéciales ; soumise au droit commun, quand le créancier agissait contre un tiers, elle était perpétuelle à l'égard du débiteur ou de ses héritiers. Le principe posé par Marcien s'appliquait à la lettre ; il n'y a eu ni paiement ni autre satisfaction pour le créancier ; les conditions d'extinction propres à l'action hypothécaire n'ont pas été remplies ; elle subsistera indéfiniment.

Justinien modifia cette législation ; même à l'égard du débiteur et de ses héritiers, l'action hypothécaire ne fut plus perpétuelle ; pour elle, le délai extinctif de l'action fut prolongé ; trente ans suffisaient pour éteindre toutes autres actions ; il en fallut quarante pour l'action hypothécaire.

Comment expliquer cette particularité ?

On dit d'abord : une obligation naturelle subsiste qui soutient pendant dix ans le droit hypothécaire.

Dans une autre opinion, on invoque encore le texte de Marcien : *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus, tenet*. L'explication est insuffisante : le délai prolongé de dix ans, peut n'amener ni paiement, ni autre satisfaction ; l'action s'éteint cependant. Deux considéra-

tions peuvent justifier la constitution impériale : l'une théorique, l'autre utilitaire.

1° Quand le créancier poursuit le débiteur ou ses héritiers, « il est en présence d'un détenteur auquel il est réputé n'avoir laissé la chose qu'à titre précaire et qui rigoureusement ne devrait pas pouvoir opposer de prescription » (1).

2° Le créancier, en voyant toujours le bien entre les mains du débiteur, ne se hâte pas d'obtenir paiement, sûr qu'il est d'être désintéressé quand il le voudra. L'empereur voulait qu'une solution fût donnée à cette affaire, que la créance hypothécaire s'éteignît comme toute autre.

Dans l'hypothèse spéciale où le bien restait dans le patrimoine du débiteur ou de ses héritiers, il prolongea sa durée de dix ans, et seulement dans la mesure où elle était hypothécaire ; c'est l'hypothèque qui donne une vie plus longue, une force plus grande au droit du créancier.

III. — OBJET DE L'HYPOTHÈQUE.

En étudiant ce point, nous trouverons quelques particularités sur les droits du créancier gagiste.

En droit français, le principe général est que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèque. En droit romain, le principe est beaucoup plus large. Le créancier peut obtenir un gage, *lato sensu*, sur tous les droits

1. Alf. Jourdan : *op. citat.*, chap. XLIX, page 684.

de son débiteur qui ont un caractère pécuniaire. Tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué. L'invention de l'hypothèque produisit ce résultat, cette extension considérable des choses susceptibles d'engagement. Lorsque la possession ne fut plus la sûreté unique, le but du créancier, on organisa comme garantie, comme moyen de liquidation, la vente de la chose engagée. La vente pouvait avoir lieu sans que le créancier eût la possession.

L'idée de possession, sans disparaître complètement, ne fut plus que subsidiaire. Son amoindrissement développa le gage, *lato sensu*, dans deux sens : il put s'appliquer aux choses qui n'étaient pas susceptibles de détention matérielle, de possession proprement dite, aux choses incorporelles ; il s'étendit à tout ce qui pouvait être vendu. Examinons les principales conséquences de ces idées nouvelles.

I. — *Hypothèque des servitudes.* — Il en résultera que tout ce qui ne peut être vendu, tout ce qui est incessible et hors du commerce ne pourra devenir l'objet du gage ou de l'hypothèque. Ainsi l'*usus* qui est essentiellement attaché à la personne de l'ayant droit, dont l'exercice ne peut être cédé, ne saurait être hypothéqué.

En ce qui concerne le droit d'habitation, certains auteurs l'assimilent à l'*usus* ; d'autres admettent la possibilité de l'hypothéquer, du moins depuis Justinien qui a établi que ce droit peut être loué, cédé, par suite hypothéqué.

Les servitudes urbaines ne peuvent être hypothéquées

ni données en gage : l. 11, 33, D. 20, 1, ce n'est pas qu'en droit elles soient incessibles ; mais elles ne présentent le plus souvent d'utilité que pour le propriétaire du fonds dominant, et, en fait, la vente serait impossible, en tout cas, presque toujours infructueuse.

Les servitudes *prædiales* rurales et l'usufruit sont susceptibles d'hypothèque ou de gage. A quel moment peuvent-ils être l'objet d'un tel droit ? Peut-on hypothéquer une servitude constituée ? peut-on donner hypothèque sur une servitude à constituer ?

Examinons le premier cas, celui d'une hypothèque sur une servitude constituée : 1^o s'il s'agit d'une servitude rurale, une première opinion soutient que le propriétaire du fonds dominant ne peut l'hypothéquer séparément du fonds, et que s'il hypothèque le fonds, il hypothèque nécessairement aussi la servitude : *quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo ?*

Cette opinion est vivement combattue. Une servitude constituée peut, dit-on, être hypothéquée. Ce qui le prouve, c'est le texte suivant de Paul : l. 12, D. 20, 1 : *sed an viæ itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat ? videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat ; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

Ce texte n'admet la possibilité d'une hypothèque que si le créancier est propriétaire d'un fonds voisin du fonds servant. Or, dit-on, pourquoi exiger cette condition « s'il ne s'agit que d'autoriser le créancier à constituer une servitude au profit d'un tiers ? » (1). On ne peut objecter que la servitude *prædiale* est inséparable du fonds dominant ; c'est un principe de droit civil auquel le droit prétorien, moins rigoureux, ne se soumet pas, *quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est* : le prêteur ne se laisse pas guider par de purs principes, mais par des considérations d'utilité pratique, par l'utilité des parties.

Nous pensons qu'une servitude constituée peut être l'objet d'un *pignus* proprement dit, mais non d'une hypothèque. Cela nous paraît ressortir clairement de la comparaison de la loi II. 3. D. 20. I et de la loi 12 au même titre :

Loi II. 3 : *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint.*

La loi 12 n'est relative qu'au *pignus* : *sed an viæ itineris actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat ?*

L'opposition est manifeste, voulue entre les deux textes.

2° S'il s'agit de l'usufruit, il pourra être l'objet du contrat de gage ou du pacte d'hypothèque de la part du titulaire de l'usufruit déjà séparé de la propriété. Il y

1. Accarias : *Précis de droit romain* ; 2^{me} édition, tome I, page 662, note 2.

aura gage si le créancier a, dès le jour du contrat, la quasi-possession de l'usufruit. Dans les deux cas, gage ou hypothèque, le créancier aura le droit, à défaut de paiement à l'échéance, de vendre à un tiers l'usufruit donné en garantie.

Passons au deuxième cas ; celui d'engagement d'une servitude non encore constituée.

En ce qui concerne l'usufruit, il n'y a pas de doute : le cas est prévu par la loi II, 2. D. 20, I : *Ususfructus an possit pignori hypothecæ dari? Quæsitum est, sive dominus proprietatis convenit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem ; et si velit cum creditore proprietarius agere : non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum prætor tuebitur : si non inter creditorem, et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam quum et emptorem ususfructus tuetur prætor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.*

Le propriétaire détachera de son droit complet de propriété le démembrement d'usufruit pour le donner en gage ou en hypothèque à son créancier.

Qu'en est-il des servitudes *prædiales rurales*? Des auteurs prétendent qu'on ne peut hypothéquer une servitude non encore constituée et que la loi de Paul 12 D. 20, I, n'a trait qu'à la constitution d'hypothèque sur une servitude déjà établie. Mais, nous l'avons vu, cette opinion est loin d'être acceptée, par tous. Une servitude constituée,

répond-on, ne peut être hypothéquée, elle ne peut être séparée du fonds dominant : le texte de Paul ne peut donc viser qu'une hypothèque sur une servitude non établie.

Nous pensons encore qu'on ne peut pas donner une hypothèque, mais seulement un *pignus* proprement dit sur une *servitus constituenda*.

Outre l'opposition que nous avons relevée entre la loi 11. 3. et la loi 12. D. 20. I, nous pouvons invoquer la condition exigée par ce dernier texte : *scilicet si vicinum fundum habeat*. Le gage implique possession, ici quasi-possession ; la quasi-possession, l'exercice de la servitude ne se conçoit que si le créancier est propriétaire d'un fonds voisin du fonds servant. Avant l'échéance, le créancier exercera la servitude, il la défendra par les interdits *quasi-possessoires*, et par l'action *confessoria utilis* ; à l'échéance, il vendra la servitude à un voisin. La servitude est constituée dès le jour du contrat ; elle s'éteindra au jour du paiement. Cela ne déroge pas à la règle que la servitude ne peut être établie *ad tempus*. Ici il n'est pas besoin de constituer la servitude à terme. Si elle s'éteint par le paiement, ce n'est pas parce qu'elle était à terme, mais parce qu'elle n'était que l'objet d'un droit accessoire qui s'éteint, en principe, avec la créance ; de plus, il y a eu paiement, la cause d'extinction propre à l'action hypothécaire s'est réalisée. Le gage d'une *servitus constituenda* n'apporte dérogation qu'à un principe : au principe du non transfert d'une servitude d'un sujet à

un autre. Mais la loi elle-même en donne le motif : *quæ sententia propter utilitatem contrahentium admissa est*. Accepter un gage sur une *servitus constituenda*, si le créancier est propriétaire d'un fonds voisin du fond servant et peut exercer immédiatement la servitude : l'utilité, la garantie du créancier se conçoit. Accepter une simple hypothèque qui n'implique pas possession, surtout si l'on admet que l'hypothèque n'est pas immédiatement constituée, c'est une sûreté qui ne repose, pour ainsi dire, sur rien : le prêteur n'en a pas vu l'utilité; il ne l'a pas sanctionnée.

II. — *Hypothèque des créances*. — Pour l'hypothèque des créances, il faut faire abstraction de l'idée de possession; aussi n'est-ce que tardivement qu'on admit cette extension du contrat de garantie. Quand la possession était le seul résultat immédiat du gage, le seul résultat éventuel de l'hypothèque, une créance ne pouvait être l'objet de ce contrat ou de ce pacte. Quand l'idée de possession devint subsidiaire, que le droit de vendre passa au premier plan, une créance put être donnée en garantie; en effet, une créance peut être vendue. Mais cet engagement ne produisit pas l'effet ordinaire de l'hypothèque des choses corporelles : ici, il ne peut être question de possession; il ne peut être, dès lors, question d'action hypothécaire, puisque l'action hypothécaire tend à obtenir la possession. Cet engagement nouveau ne contenait pas le *jus possidendi*, il ne renfermait que le *jus distrahendi*. Et pour avoir ce *jus distrahendi* d'une façon effi-

cace il faut que le créancier devienne cessionnaire de la créance ; sinon elle pourrait être éteinte d'un moment à l'autre par un paiement.

Le créancier qui a une créance en garantie est cessionnaire de cette créance : de là découlent tous les effets de cette sorte d'hypothèque. Comme un cessionnaire, le créancier fera notification de son droit au débiteur cédé ; comme un cessionnaire, il exigera paiement de ce débiteur ou il vendra la créance. Qu'il demande lui-même paiement ou qu'à sa place son propre cessionnaire poursuive le débiteur ; ce sera non par l'action hypothécaire, mais par une action personnelle utile, celle qui est donnée au cessionnaire d'une créance. L. 20. D. 20, 1.

Comme le cessionnaire d'une créance, le créancier n'aura garantié que pour l'existence de cette créance et non pour la solvabilité du débiteur. Si celui-ci est soluble, et paye, et si ce qu'il doit est un corps certain, le droit du créancier devien tra un véritable gage, avec *jus possidendi* et *jus distrahendi* : le créancier prend possession de l'objet, le retient jusqu'au paiement ou le vend. Si ce que doit le débiteur est une somme d'argent, le créancier n'aura pas, comme le créancier hypothécaire ordinaire qui a vendu, le droit de toucher toute la somme, si elle excède sa créance, sauf à être comptable de l'*hyperocha* envers le débiteur : il ne touchera que ce qui lui est dû. Une autre différence est à noter à l'avantage du créancier qui a un *nomen* en garantie : le débiteur cédé est devenu son propre débiteur, personnellement obligé

envers lui : il ne pourra lui opposer le *beneficium excussionis* ; au contraire, dans l'hypothèque d'une chose corporelle, le détenteur n'est tenu que *propter rem*, il jouit de ce bénéfice.

Après avoir admis l'engagement d'une créance : *pignus nominis*, on admit l'hypothèque de l'hypothèque : *sub pignus*. Le *subpignus* est plus que l'hypothèque d'une créance pure et simple ; c'est l'hypothèque d'une créance hypothécaire. Le *subpignus* est donc aussi une cession de créance.

Hypothèque d'une créance pure et simple : *pignus nominis* ; hypothèque d'une créance hypothécaire : *subpignus* : Ces expressions sont-elles exactes ? Peut-on parler d'hypothèque de créance ?

Nous venons de le voir, il n'est pas, ici, question de droit réel proprement dit, d'action hypothécaire « l'action donnée pour sanctionner le gage d'une créance n'est qu'une extension de l'action de la créance engagée » (1). Il faut dire que « les créances ne comportent pas une affectation hypothécaire, mais seulement une mise en gage ou mieux une cession en garantie » (2). Trouverons-nous au moins l'autre caractère de l'hypothèque : la simple convention suffira-t-elle à donner une créance en garantie ? La question est discutée. M. Labbé soutient que « le consentement au transport d'une créance doit être suivi

1. Labbé : *appendice aux dissertations de Machelard*, page 204.

2. Labbé : *op. citat.*, page 205.

d'une certaine exécution, que l'action utile n'est accordée au cessionnaire que dans deux cas : 1° lorsque le cessionnaire a obtenu du cédant une *procuratio in rem suam* depuis, peut être, mais en vain, révoquée ; 2° lorsque le cédant est tenu par une obligation civile de procurer semblable *procuratio*. L'action utile remplace l'action exercée en vertu de *procuratio* quand le pouvoir a été donné ou aurait dû l'être en vertu du contrat et l'action utile ne se délivre qu'après une *cognitio causæ* » (1).

En poursuivant, sur les points principaux, la comparaison entre le droit romain et le droit français, nous trouverons encore des différences importantes entre les deux législations.

Nous avons vu quelle inégalité existe, dans la législation romaine, entre les droits des divers créanciers hypothécaires.

Le premier a seul une sûreté réelle : son droit domine tous les autres, soit au point de vue du *jus possidendi*, soit au point de vue du *jus distrahendi*. Mais le progrès du droit a continué. L'idée de possession a complètement disparu ; elle aboutit fatalement à la prédominance de l'un sur les autres : la possession est exclusive. En droit français, il n'est plus question de possession, partant, les droits des créanciers sont égaux : le dernier comme le premier pourra faire vendre : l'inégalité du rang ne se manifestera qu'au moment de toucher le prix. Le dernier,

1. *Op. citat.*, pages 209 et 210.

comme le premier, pourra faire vendre : ces expressions nous révèlent une autre différence entre les deux droits. Dans la législation française, les intérêts de tous sont ménagés ; celui du débiteur, celui de tous les créanciers ; la vente se fait aux enchères pour obtenir le plus haut prix possible. A Rome, la vente est amiable ; le *prior* la consent quand il veut, comme il veut même, car la pratique ne s'astreignait pas aux formalités édictées par les lois. Le créancier inférieur en rang était, on peut le dire, du moins vis-à-vis du *prior*, inférieur en droit. Il eût donc été bien utile que le créancier *posterior* connût la prééminence du droit d'un *prior*. Il ne pouvait que s'en remettre à la bonne foi du débiteur ; le droit romain n'a pas connu la publicité des hypothèques.

Elle eût été d'autant plus nécessaire que l'hypothèque ne résultait pas seulement de la convention des parties : *pignus voluntarium*, mais de l'autorité du magistrat, *pignus prætorium* ou de la loi, *pignus necessarium*, *pignus legale* et que la loi créa des hypothèques privilégiées, soustraites à la règle : *prior tempore, potior jure* ; indépendamment de leur date, en vertu de la faveur dont elles jouissaient, elles passaient même avant les hypothèques établies avant elles.

On dit généralement qu'une constitution de l'empereur Léon fit un premier pas vers la publicité en édictant que les hypothèques qui seraient constatées par un acte public passeraient, bien que postérieures en date, avant celles qui seraient dénuées de cette publicité.

Mais cette interprétation est repoussée par certains auteurs, « la solennité de la convention, disent-ils, n'est pas une cause de préférence, mais seulement un moyen de preuve préférable à l'écrit dépourvu des solennités requises » (1).

1. Alf. Jourdan : *op. citat.*, chap. XLVI, page 627.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÉASSURANCE EN MATIÈRE MARITIME

INTRODUCTION

L'assurance maritime est un contrat par lequel l'assureur prend à sa charge les risques de mer auxquels est ou doit être exposée une chose de l'assuré, et s'oblige, envers celui-ci, moyennant une prime, à l'indemniser pour le tout ou pour partie, du préjudice que lui aura causé la réalisation des risques prévus. Par une telle convention, l'assureur se met aux lieu et place de l'assuré *comme si assuré ne fut*, disait-on autrefois. L'assuré disparaît, pour ainsi dire, l'assureur se substitue à lui ; c'est l'assureur qui supporte véritablement les conséquences des risques de mer comme si la chose assurée était sienne. On voit combien est grand son intérêt à se décharger

sur autrui des risques qu'il court. Dans ce but, deux moyens s'offrent à lui : ou la résiliation de l'assurance ou un contrat d'assurance avec un autre assureur, c'est-à-dire une réassurance que l'on appelle parfois contre-assurance. Pour résilier l'assurance, pour retransmettre à l'assuré les risques dont l'assureur s'est chargé, il faut le consentement de cet assuré; à défaut, l'assureur reste tenu et doit recourir au deuxième procédé, à la réassurance. Emerigon (1) définit très bien la réassurance. « C'est, dit-il, un contrat par lequel, moyennant une certaine prime, l'assureur se décharge sur autrui des risques maritimes dont il s'est rendu garant, mais dont il continue d'être tenu vis-à-vis de l'assuré primitif. »

La réassurance est pratiquée depuis longtemps ; son apparition a dû suivre de près celle de l'assurance. Le guidon de la mer, article 19, chapitre 2, disait déjà : « S'il advient que les asseureurs ou aucuns d'eux, après avoir signé en quelque police, se repentent ou aient peur, ou ne voudraient assurer sur tel navire, il sera en leur liberté de faire réassurer par d'autres, soit en plus grand ou moindre prix ; mais pour cela ne se pourra désobliger que le chargeur ne s'adresse directement à eux, parce qu'ayant par leur seing donné leur promesse, quelques protestations, assignations qu'ils fassent au contraire, il ne pourront se désobliger sans le consente-

1. *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, chapitre VIII, section XIV.

ment de l'assuré. » On le voit, le guidon de la mer met déjà bien en relief le caractère du contrat de réassurance ; ce n'est pas une novation qui ne peut avoir lieu sans le consentement de l'assuré, « l'asseurur n'est pas désobligé. »

L'ordonnance de 1681 permet aussi la réassurance. Au titre des assurances, l'article 20 porte : « il sera loisible aux assureurs de faire réassurer par d'autres les effets qu'ils auraient assurés. » L'article 21 ajoute : « les primes des réassurances peuvent être moindres ou plus fortes que celles des assurances. » Et l'article 22 démontre qu'en matière de réassurance, comme en matière d'assurance, le principe fondamental est que de tels contrats ne sont que des contrats d'indemnité : « défendons, dit cet article, de faire assurer ou réassurer des effets au delà de leur valeur, par une ou plusieurs polices, à peine de nullité de l'assurance et de la confiscation des marchandises. »

A son tour, l'article 342 du Code de commerce contient la même autorisation : « l'asseurur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés. La prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance. »

Et l'article 357, analogue à l'article 22 de l'ordonnance, mettant sur la même ligne la réassurance et l'assurance, fait ressortir le caractère de contrat d'indemnité de l'une et de l'autre : « un contrat d'assurance ou de réassurance consenti pour une somme excédant la valeur des effets

chargés est nul à l'égard de l'assuré seulement, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de sa part. »

La réassurance est une convention parfaitement licite et admise dans tous les pays. Citons les dispositions de quelques législations étrangères :

Le Code de commerce allemand dit dans son article 783 : « peuvent être assurés notamment les risques que l'assureur a pris à sa charge. »

La loi belge du 11 juin 1874 sur les assurances en général, dispose dans son article 24 : « l'assureur peut toujours faire réassurer l'objet de l'assurance. » Et l'article 188 de la loi belge du 21 août 1879 sur le commerce de mer reproduit l'article 357 du Code français : « Un contrat d'assurance ou de réassurance consenti pour une somme excédant la valeur des choses assurées est nul à l'égard de l'assuré seulement, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de sa part.

L'article 271 du Code hollandais édicte : « l'assureur peut en tout temps faire réassurer les objets qu'il a assurés. »

L'article 749 du Code espagnol est ainsi conçu : « il est loisible à l'assureur de faire réassurer les effets assurés par lui, en tout ou en partie, avec une prime semblable ou différente. »

En Autriche-Hongrie, l'*Assicuranz-regulativ* du 18 août 1880 contient une disposition spéciale : « tout projet de création d'une compagnie doit mentionner si elle est destinée à faire des assurances directes ou des réassu-

rances . Les sociétés mutuelles peuvent faire réassurer, leurs risques; mais il leur est interdit de prendre en réassurance les risques d'autres compagnies. » En Autriche, on suit le Code de commerce français pour tous les points non prévus par la police de Trieste.

Pour le Danemark, il est à noter que la réassurance est soumise à la disposition qui interdit l'assurance au delà des 9/10 de la valeur assurée.

En Turquie et en Egypte, il y a des dispositions semblables à notre article 342.

Les lois de presque tous les pays d'Amérique autorisent expressément la réassurance : ainsi l'article 2477 du Code civil du Bas-Canada porte : « l'assureur peut lui-même prendre une réassurance. »

En Angleterre et dans quelques pays des Etats-Unis d'Amérique, par exemple, dans l'Etat de Massachusetts, la réassurance fut longtemps tenue pour nulle. Cette prohibition n'existe plus, ni en Amérique, ni en Angleterre. Dans ce dernier pays, elle a été levée par divers *acts* de la reine Victoria et les principes du droit anglais, en matière de réassurance, sont les mêmes que ceux du droit français. La prohibition dont il s'agit avait été établie par un statut de Georges II sauf dans trois cas : en cas de mort, d'insolvabilité ou de faillite de l'assureur. Ce statut avait eu pour but de réprimer les spéculations sur la hausse ou la baisse des primes. Mais la pratique ne tenait pas compte de l'interdiction de la loi. Les réassurances,

d'après M. Emile Cauvet (1), se faisaient par des polices d'honneur toujours respectées, si bien que les principales réassurances venant de l'étranger se concluaient sur le marché de Londres. Aujourd'hui on n'est plus dans la nécessité de recourir à des polices d'honneur et Londres est toujours une des places où les réassurances sont les plus fréquentes. On s'y livre même à un véritable agiotage en matière de réassurance. Dès que l'on a quelques doutes sur l'heureuse arrivée d'un navire, on le réassure à 10, 20, 50, 70 pour 100. Et, dit M. de Courcy, « lorsqu'on désespère presque entièrement du navire, on traite encore des réassurances à 80, 90 pour 100. C'est un jeu enfiévré, à l'égal des autres jeux, mais un jeu qui se traduit en actes parfaitement licites et justiciables des tribunaux. Aucune loi écrite ni morale, ne m'interdit de faire réassurer, moyennant une prime de 50 pour 100 ou davantage, les risques que j'ai garantis sur un navire qui est en retard (2). »

Après avoir ainsi constaté la pratique universelle de la réassurance, nous allons, dans un chapitre premier, rechercher l'utilité de la réassurance ; puis nous étudierons, dans un chapitre second, les caractères généraux et les éléments essentiels de la réassurance ; dans un chapitre troisième, la forme du contrat de réassurance ; dans

1. Emile Cauvet: *Traité des assurances maritimes* : Tome I, n° 285 ; page 328.

2. De Courcy: *Questions du droit maritime* : 4^me série ; page 281.

un chapitre quatrième, les obligations du réassureur ; dans un chapitre cinquième, les obligations du réassuré ; dans un chapitre sixième, la prescription en matière de réassurance ; dans un chapitre septième, nous parlerons de divers contrats présentant le caractère de réassurance ; et enfin, dans un chapitre huitième, des traités de réassurance.

CHAPITRE PREMIER

UTILITÉ DE LA RÉASSURANCE.

De nos jours, dans tous les pays, les réassurances se font en très grand nombre ; il s'est même créé des Compagnies qui ne font que des réassurances.

L'utilité de ce contrat est grande à plusieurs points de vue qu'il importe d'examiner :

Le commerce des assurances n'est lucratif que si le montant des primes à recevoir excède le total des indemnités à payer. Une Compagnie d'assurances doit donc s'attirer le plus grand nombre possible de clients pour augmenter son portefeuille et accroître le total des primes. Mais, d'un autre côté, elle ne peut garantir des risques trop étendus dont la réalisation l'obligerait à payer des indemnités ruineuses ; elle doit fixer, pour chaque objet dont on lui demande l'assurance, un maximum assurable : ce maximum s'appelle le *plein* de l'assureur. Les statuts de toutes les Compagnies contiennent une telle prescription. Etudiant les chances plus ou moins grandes de pertes ou d'avaries que court l'objet qu'on lui propose d'assurer, suivant l'âge du navire, l'époque du

voyage, les parages à traverser, l'habileté ou l'honnêteté du capitaine, ou suivant la susceptibilité plus ou moins prompte de détérioration qu'offrent les marchandises ; s'appuyant, en outre, sur certains calculs de probabilité, prenant enfin en considération l'importance de son actif, l'assureur doit fixer un maximum à la garantie qu'il procure à l'assuré. En parlant du commerce des assurances, Emerigon disait déjà (1) : « Pareilles spéculations sont l'ouvrage du génie. Les assureurs doivent connaître non seulement l'état de la mer et de l'atmosphère, l'arrivée et le départ des navires, leur condition de navigabilité, le cours des frets et de la vente des marchandises, mais surtout le nom, l'âge, le mode de construction et les qualités nautiques des navires qu'ils assurent. » En ce qui concerne l'assurance des navires, les assureurs trouvent d'utiles auxiliaires dans deux établissements, surtout, l'un en Angleterre, le *Lloyd* anglais, l'autre en France, le bureau *Veritas* de Paris, qui leur fournissent tous les renseignements sur l'âge, le mode de construction, la solidité des navires. Grâce à ces renseignements pour l'assurance sur corps, grâce surtout à leur expérience pour l'assurance sur facultés, les assureurs doivent déterminer pour chaque objet à assurer le maximum de leur souscription.

Mais si les Compagnies d'assurances s'en tenaient tou-

1. Voir : Labraque-Bordenave : *Traité des assurances maritimes* : pages 41 et 42.

jours à cette sage mesure, elles diviseraient leur clientèle. L'assuré ne trouvant qu'une garantie partielle chez un assureur, s'adresserait à un autre. Or, il importe aux Compagnies de « diviser leurs risques sans diviser leur clientèle ». Aussi acceptent-elles souvent de prendre à leur charge des risques au delà du plein, au delà du maximum fixé par leurs statuts. Nous verrons même que c'est devenu pour les Compagnies d'assurances une nécessité depuis la pratique des polices d'abonnement. Quand une Compagnie a, de la sorte, souscrit une assurance qui dépasse son plein, elle doit, pour obéir à ses statuts et à la prévoyance qu'exige son industrie, contracter une réassurance, c'est-à-dire, transmettre à un autre assureur les risques qui excèdent son plein ; de cette façon, si les risques prévus se réalisent, l'indemnité qu'elle devra payer ne sera pas ruineuse pour elle ; elle aura contre son assureur, contre le réassureur, une action en remboursement pour la partie de l'indemnité que celui-ci doit supporter.

Ce n'est pas la seule hypothèse où une réassurance soit utile à l'assureur. Alors même que l'assureur n'a pas excédé son plein, il peut vouloir se réassurer parce qu'il redoute la réalisation de certains risques, parce que ces risques l'inquiètent. Depuis le contrat d'assurance, une guerre peut être survenue ; encore que l'assureur ne réponde pas de plein droit des risques de guerre, il est d'un grand intérêt pour lui de conclure une réassurance, parce que l'état de guerre augmente même les risques pure-

ment maritimes : des ports sont fermés, des phares éteints : la navigation devient moins sûre ; l'assureur trouve prudent de se réassurer, alors qu'il payera, sans doute, une prime plus forte que celle qu'il doit toucher.

Il peut se présenter encore d'autres circonstances où la réassurance est pleine d'avantages pour l'assureur, soit qu'il acquière sur la valeur morale de l'assuré des renseignements qui lui font craindre un sinistre ; soit que plusieurs sinistres, ayant déjà atteint l'objet assuré, viennent dénoter tout au moins un défaut de surveillance et produisent sur l'assureur l'appréhension de sinistres plus graves ; soit enfin que de nombreux sinistres s'étant réalisés dans des parages pour lesquels l'assureur a souscrit plusieurs assurances, il veuille se garantir un recours s'il doit de nouvelles pertes ou de nouvelles avaries.

L'assureur peut encore vouloir se réassurer parce que dans le temps antérieur à la réassurance les risques que d'autres contrats d'assurance avaient mis à sa charge se sont réalisés et l'ont obligé à acquitter de nombreuses et lourdes indemnités ; redoutant que les indemnités à payer, si de nouveaux risques surviennent, ne dépassent les primes qu'il doit recevoir, l'assureur se met à l'abri d'un déficit au moyen d'une réassurance.

Citons encore d'autres emplois de la réassurance.

Parfois une société d'assurances mutuelles s'oblige, par ses statuts, à placer ses opérations sous la garantie d'une société anonyme dont le capital fixe, assure sa complète solvabilité. Et il a été jugé (D. 1887, 2, 225) que lors-

qu'une société mutuelle a pris un tel engagement et qu'il a été stipulé qu'à défaut de son exécution, la société d'assurances mutuelles serait dissoute de plein droit, l'associé est délié de ses engagements envers cette dernière, si la garantie à lui offerte par la réassurance vient à disparaître ou à être diminuée.

Certains auteurs pensent que l'assurance présente encore de l'utilité en cas de faillite de l'assureur. Avant la promulgation du Code de commerce, si l'assureur tombait en faillite, alors que le risque n'avait pas encore pris fin, l'assuré pouvait obtenir caution de la masse des créanciers ; mais si cette garantie lui était refusée, le juge pouvait l'autoriser à se faire réassurer aux frais du failli ; pour le montant de la prime de cette réassurance il avait un privilège dans la faillite, et si la première prime qu'il avait payée se trouvait entre les mains du failli et qu'il fallût seulement fournir un supplément pour la prime de réassurance, le privilège existait pour ce supplément. Le failli restait assureur, mais il était libéré si le réassureur payait à sa place. On pourrait croire que cette faculté n'existe plus depuis le Code de commerce, puisqu'en cas de faillite de l'assureur, ce code (art. 346) semble limiter le droit de l'assuré, soit à demander caution, soit à agir en résiliation de l'assurance.

Cependant la faculté de se faire réassurer aux frais de la faillite a été soutenue. Notamment Dageville (1) s'ex-

1. Dageville : *Le Code de commerce expliqué par la jurisprudence* : tome III, page 224.

prime ainsi sur ce point : « la résiliation ne remplit pas l'intérêt de l'assuré, s'il se trouve exposé, en faisant réassurer, à payer une prime plus forte qui doit être à la charge de l'assureur en cas de faillite. L'assureur failli peut être, du plus au moins, en état de payer ses dettes et l'assuré ne doit pas être privé des effets de la première assurance, ce qui arriverait au moyen de la résiliation. Au surplus, la réassurance qui n'est pas prohibée se trouve implicitement comprise dans la disposition qui autorise l'assuré à demander caution en ce qu'elle produit les effets du cautionnement, le réassureur n'étant, de fait, que la caution de l'assuré primitif. Il faut donc, dans ce cas, considérer la première assurance comme subsistant dans toute sa force, parce que l'assureur failli n'est pas délié de ses engagements ; il continuera d'être responsable des effets du sinistre, en cas d'insolvabilité du réassureur. »

L'article 342 du Code de Commerce indique lui-même une autre utilité de la réassurance en disant : « la prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance. » Le taux des primes n'est pas fixe : il varie selon les circonstances, selon les saisons, selon la plus ou moins grande fréquence des risques ou des assurances, selon la loi de l'offre et de la demande. Si un assureur touchant une prime élevée peut s'exonérer des risques moyennant une prime moindre, l'excédant de la prime qu'il doit recevoir sur celle qu'il doit payer est un bénéfice certain pour lui. Or, « quand on s'est aperçu,

dit M. de Courcy (1), qu'au moyen des bonifications il était possible d'obtenir de réassureurs avides d'affaires ou complaisants, un bénéfice sur la prime, certains assureurs se sont mis à la recherche spéciale de ce bénéfice et ont donné ce but à leurs spéculations en se désintéressant des risques. Ça été un trafic nouveau, un bouleversement complet de l'industrie des assureurs, laquelle consiste essentiellement dans l'appréciation sagace des risques par la statistique, l'observation directe des circonstances du risque, ou l'intuition, appréciation à laquelle correspondra la prime. Mais qu'importe l'appréciation du risque à l'assureur qui s'en décharge aussitôt sur des réassureurs complaisants ? Il n'est plus contenu par le sentiment du risque couru, il ne voit que le bénéfice à retirer de chaque affaire au moyen de la bonification. Il est clair que si une compagnie d'assurances s'est arrangée pour gagner net 10 pour 100 de ses primes en retrocédant ses risques, elle gagnera 500.000 francs sans courir de risques, lorsqu'elle aura souscrit pour 5 millions de primes. C'est un trafic qui n'est pas illicite. Ce n'est certainement plus de l'assurance. C'est autre chose. Il a été dit communément que c'était jouer de la réassurance.

Le traité de réassurance n'est plus une précaution sage, une sauvegarde, un déversoir du trop plein. Il est une affaire lucrative et une spéculation pour l'assureur. »

Il faut citer encore une application et une utilité de la

1. *Questions de droit maritime* : 4^e série, page 315.

réassurance. Lorsqu'une compagnie d'assurances ne réussit pas et se trouve dans l'impossibilité de continuer ses affaires, souvent elle cède son portefeuille, c'est-à-dire, l'ensemble de ses polices à une autre compagnie d'assurances ; mais cette opération juridique parfaitement licite donne naissance à de grandes difficultés. En effet, si la compagnie cédante, créancière des primes d'assurances par elle souscrites peut céder ces primes sans le consentement des assurés, elle ne peut, débitrice éventuelle envers ses assurés de l'indemnité d'assurance, substituer la garantie d'un autre assureur à la sienne sans le consentement de ses créanciers, en vertu de l'article 1275 du Code civil. Aussi, à la suite de telles cessions, les assurés invoquent-ils cet article pour demander la résiliation de leurs contrats et se soustraire au paiement des primes. Leurs prétentions ont été admises tant par la doctrine que par la jurisprudence, lorsque la cession avait pour objet et pour effet de substituer la nouvelle compagnie à la compagnie cédante qui ne conservait plus qu'une existence nominale. Mais elles ont été repoussées lorsque la cession a lieu sans substitution d'un débiteur à un autre ; en ce cas, en effet, elle améliore la situation des assurés en leur donnant un débiteur et sa caution au lieu d'un débiteur unique, ou lorsque les assurés ont adhéré, même tacitement à la cession. Pour éviter la résiliation de leurs contrats, certaines compagnies ont réassuré en masse l'ensemble de leurs polices : elles ont conclu une réassurance totale. On a vu dans une telle convention, dans

cette réassurance générale un acte d'administration *lato sensu*, destiné à éviter à la compagnie réassurée la perte de la totalité de son capital social, acte qui n'est pas conclu en fraude des droits de l'assuré, mais qui lui est profitable et qui, en même temps, évite aux actionnaires de l'assureur des appels de fonds ruineux : on ajoute que si la Compagnie réassurée perd ses primes, d'un autre côté, elle se décharge des risques.

Mais l'on ne peut admettre sans distinction que l'assuré reste tenu en cas de réassurance générale conclue par son assureur. On ne peut admettre cet effet que lorsque la réassurance générale laisse subsister la société qui a conclu l'assurance avec sa personnalité, son capital, son fonds de réserve.

Au contraire, l'assuré serait en droit de demander la résiliation de ses engagements si la réassurance générale aboutissait à la disparition de la compagnie assureur ; elle équivaldrait alors à une véritable vente, à une cession de portefeuille ; la compagnie réassurée cédant ses risques, ses primes, ne payant pas une prime spéciale de réassurance, n'a plus qu'une existence nominale et la compagnie réassureur agit en son lieu et place ; or, l'assuré n'est pas tenu d'accepter cette situation et peut demander la résiliation de son contrat.

Notons enfin que le nombre des réassurances peut être indéfini. Le réassureur peut se faire réassurer ; celui qui l'a réassuré peut user de la même faculté et ainsi de suite.

Il est aussi à remarquer que lorsqu'un prêteur à la

grosse assure le capital qu'il a prêté, il contracte, en réalité, une réassurance. En effet, le prêteur à la grosse, perdant le droit d'obtenir le remboursement de la somme prêtée en cas de sinistre, joue le rôle d'assureur.

On voit combien sont nombreuses les hypothèses où la réassurance est utile ; aussi, nous l'avons dit, s'est-il fondé des compagnies spéciales de réassurance. Mais, en général, elles ont peu réussi. Leur insuccès a tenu à diverses causes. M. de Courcy en indique une en ces termes (1) : « Tout service rendu, dans l'ordre des affaires, mérite rémunération. Il se comprendrait donc, et il serait logique que le réassureur reçût quelque chose de plus que la prime, reçût une commission supplémentaire pour prix du service rendu. Le contraire a cependant lieu d'ordinaire ». Il s'est formé des compagnies spéciales de réassurances avides d'affaires, qui accordaient aux assureurs une bonification sur leurs primes.

De plus, ces compagnies avaient de grands frais d'administration et étaient soumises à une lourde patente. Les réassureurs sont assujettis au dixième du droit fixe que paie la compagnie d'assurances avec laquelle ils traitent et dans le cas où ils traitent avec plusieurs compagnies, le droit fixe est égal au dixième de celui que paie la compagnie la plus imposée.

Enfin, elles acceptaient souvent des affaires de l'étran-

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^{me} série, page 313.

ger par l'intermédiaire de courtiers dont l'industrie consiste surtout à débarrasser les compagnies de leurs plus mauvais risques.

La probabilité des bénéfices des sociétés spéciales de réassurances est basée sur deux hypothèses, dit M. Debrock en parlant des sociétés de réassurances contre l'incendie (1). La première, c'est qu'on évalue que les frais généraux et les commissions des réassureurs sont très inférieurs à ceux de l'assureur direct. La deuxième, c'est que la moyenne des sinistres du réassureur ne dépasse pas de plus de 10 0/0 celle du réassuré. Or, il y a longtemps que ces hypothèses ne se réalisent plus. Avec la patente actuelle, les frais généraux du réassureur atteignent souvent ceux de l'assureur direct. Quant aux sinistres, depuis plus de 10 ans, la moyenne afférente aux primes réassurées dépasse de plus de 20 0/0 celle des primes conservées sans réassurance.

Ces idées trouvent leur application dans les réassurances de risques maritimes.

Néanmoins il existe, surtout à l'étranger, de nombreuses compagnies de réassurances.

1. Voir : Louis Debrock : *Manuel du réassureur contre l'incendie*.

CHAPITRE II

CARACTÈRES GÉNÉRAUX ; ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA RÉASSURANCE.

La réassurance est un contrat d'assurance dans lequel le réassureur est l'assureur, le réassuré est l'assuré ; elle a les mêmes caractères que l'assurance ; elle est formée des mêmes éléments.

D'abord, comme toute convention, elle est régie par l'article 1108 du Code civil, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de réassurance sans le consentement et la capacité des parties, sans un objet qui forme la matière de l'engagement, sans une cause licite. Quelques observations sont nécessaires sur la capacité des parties.

1° *Réassureur*. — La réassurance de risques maritimes étant un acte de commerce en vertu de l'article 633 du Code de commerce, le réassureur doit être capable de faire le commerce. Il suit de là que si la réassurance était souscrite par un mineur, elle ne serait valable que s'il était émancipé, âgé de 18 ans, et autorisé conformément à l'article 2 du Code de commerce.

Si elle était conclue par une femme mariée, jouant le

rôle de réassureur, elle ne serait valable que si la femme était autorisée par son mari ou par justice (art. 4. Code de commerce).

Si la réassurance, au lieu d'être souscrite par un particulier réassureur, l'est par une compagnie française de réassurances, cette compagnie doit se soumettre à la fois aux prescriptions des lois générales et de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés et, en outre, à celles du décret du 22 janvier 1868. Si le réassureur était une compagnie étrangère, cette compagnie ne pourrait exercer tous ses droits et ester en justice en France qu'après qu'un décret rendu en conseil d'État lui aurait accordé le bénéfice de l'article 1 de la loi du 30 mai 1857. Il y a aussi des règles de droit public qui empêchent de jouer le rôle de réassureur ; ainsi un réassureur ne pourrait souscrire une réassurance ayant pour objet une assurance portant sur la propriété ennemie, un réassureur ne pourrait se mettre ainsi en opposition avec le gouvernement de son pays qui a intérêt à la destruction de la propriété ennemie.

2^o *Réassuré.* — La réassurance est aussi un acte commercial pour le réassuré ; celui-ci doit donc être capable de faire le commerce. Au reste, l'assuré, dans le contrat de réassurance étant un assureur, a dû remplir toutes les conditions exigées des assureurs ; ces conditions sont les mêmes que celles que nous avons mentionnées pour le réassureur. Il suit de là que, si dans le contrat d'assurance, le rôle d'assuré est parfois rempli par un individu

auquel la loi interdit de faire le commerce, parce que cet acte est pour lui un acte de conservation et de prudence, le rôle de réassuré, d'assuré dans le contrat de réassurance, bien que cet acte puisse être considéré comme un acte d'administration de la part du réassuré, ne sera jamais joué par un individu auquel la loi a imposé une telle interdiction, le réassuré étant un assureur capable de faire le commerce.

Par application des principes du droit public, le réassuré ne peut être le sujet d'une puissance ennemie. Le consulat de la mer, le guidon de la mer, l'ordonnance de 1681, beaucoup de législations maritimes modernes posent cette règle pour l'assuré direct ; il faut l'étendre au réassuré ; car l'état de guerre annule tous les contrats conclus avec l'ennemi.

Après ces observations sur la capacité du réassureur et du réassuré recherchons : 1° Quels sont les caractères généraux du contrat de réassurance ; 2° Quels sont les éléments essentiels de ce contrat.

1. — *Caractères généraux de la réassurance.*

1° La réassurance est un contrat synallagmatique parfait ; elle fait naître des obligations à la charge du réassureur et à la charge du réassuré. L'obligation principale du réassureur est celle de rembourser au réassuré l'indemnité que celui-ci a payée à l'assuré. L'obligation princi-

pale du réassuré est celle de payer la prime de réassurance; il est, en outre, tenu de ne pas commettre de réticence ni de fausse déclaration, de fournir après le paiement par lui fait à l'assuré différentes preuves pour obtenir son remboursement; d'agir, comme si l'indemnité devait rester définitivement à sa charge, et de faire tout ce qu'il peut pour restreindre la créance de remboursement qu'il a contre le réassureur. En fait, la prime de réassurance est payée comptant : mais cela ne suffit pas pour faire de la réassurance un contrat unilatéral : quoique le réassuré ait exécuté l'obligation principale dont il était tenu, la réassurance n'en reste pas moins un contrat synallagmatique à raison des autres obligations qui sont à la charge du réassuré. De là résultent plusieurs conséquences : 1° si la police de réassurance est un acte sous-seing privé, elle sera régie par l'article 1325 du Code civil qui pose le principe de la formalité des doubles; 2° la réassurance, comme tout contrat synallagmatique, est à titre onéreux; 3° le réassureur ou le réassuré aura le droit en cas de faillite de son co-contractant de demander caution ou la résiliation du contrat en vertu de l'article 346 du Code de commerce.

2° La réassurance est un contrat aléatoire : elle répond bien à la définition de l'article 1104 du Code civil ainsi conçu : « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». En effet, la prime que reçoit le réassureur n'est pas l'équiva-

lent du remboursement qu'il procure au réassuré : s'il n'y a pas de sinistre, le réassuré ne paye rien, le réassureur n'a pas de remboursement à effectuer. S'il se produit un sinistre, le remboursement peut excéder de beaucoup la prime. La prime de réassurance est l'équivalent des risques que le réassureur a pris à sa charge et dont il a délivré le réassuré. D'un autre côté, le remboursement procuré par le réassureur n'est pas l'équivalent de la prime, mais l'équivalent du risque qu'a couru le réassuré de payer une prime pour un remboursement dont il n'aura pas besoin, si les risques ne se réalisent pas, il n'en doit aucune réparation.

3° La réassurance est un contrat consensuel ; si la prime est d'habitude payée comptant, ce n'est pas une condition essentielle à la formation du contrat : et si un écrit est dressé, ce n'est qu'un moyen de prouver la réassurance et non une formalité substantielle.

4° On peut dire de la réassurance ce qu'on dit de l'assurance, que c'est un contrat de bonne foi et de droit strict à la fois, sans donner à ces expressions le sens qu'elles avaient en droit romain. Notre droit, en effet, ne connaît pas une telle distinction : toutes nos conventions y sont régies par les articles suivants du Code civil.

Art. 1134. — Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites.

Art. 1135. — Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que

l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Art. 1156. — On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

C'était bien la pensée d'Emerigon : « la bonne foi, disait-il, doit régner dans le contrat d'assurance et on doit en écarter les subtilités du droit pour s'en tenir à l'équité qui est l'âme du commerce (1). »

Ces idées s'appliquent à la réassurance comme à l'assurance, mais il n'en est pas moins vrai de dire que la réassurance est d'une part, de droit strict, parce que le réassureur ne doit garantie et remboursement que si la créance est née des risques dont il s'est expressément chargé. D'autre part, la réassurance est de bonne foi parce que le réassuré doit bien éclairer le réassureur sur la nature et l'étendue des risques qu'il lui transmet et, en principe, sur les motifs qui lui font conclure une réassurance ; car, comme l'a dit le tribunal de Marseille (*Journal de Marseille*, 22, I, 320), les réassurances inspirent souvent la méfiance et la circonspection de l'assureur. Le réassureur doit donc, au même titre que l'assureur, être protégé par l'article 348 du Code de commerce.

5° La réassurance ne produit pas une novation ; le premier contrat, le contrat d'assurance, subsiste entre l'assuré et l'assureur ; la réassurance est un second contrat

1. Emerigon, *op. citat.*, chapitre I, section V.

conclu entre réassuré et réassureur. La réassurance est pour l'assuré *res inter alios acta*. « Elle est, dit M. de Courcy (1), un acte étranger à l'assuré qui n'en peut éprouver aucun préjudice. Le plus souvent l'assuré en retire, même indirectement, un avantage par l'augmentation de sécurité que lui apporte la circonspection de son assureur ». Emerigon (2) disait aussi : « Le premier contrat subsiste tel qu'il a été conçu, sans novation ni altération. La réassurance est absolument étrangère à l'assuré primitif avec lequel le réassureur ne contracte aucune sorte d'obligation. Les risques que l'assureur avait pris formellement entre lui et le réassureur la matière d'un contrat nouveau, totalement distinct du premier qui n'en subsiste pas moins dans toute sa force. Voilà pourquoi les primes des réassurances peuvent être moindres ou plus fortes que celles des assurances. La chose ne concerne en rien l'assuré primitif, lequel n'est point intervenu dans ce nouveau contrat. Il suit de ce principe que l'assuré primitif ne peut exercer ni action directe ni privilège sur la réassurance. »

Les mêmes idées trouvent leur application sous l'empire du Code de commerce. Il en résulte que l'assuré n'a aucun droit contre le réassureur ; il ne peut lui demander directement l'indemnité qui lui est due en cas de sinistre ; il ne pourrait non plus lui demander le complément

1. De Courcy. *Questions de droit maritime*, 4^e série, p. 261.

2. Emerigon, *opus citat.*, chapitre VIII, section XIV.

de l'indemnité qui lui est due lorsque, par suite de la faillite de l'assureur, l'assuré ne touche qu'un dividende de faillite, qu'une indemnité proportionnellement réduite. Il ne peut agir contre le réassureur qu'indirectement, en vertu de l'article 1166 du Code civil, en invoquant la créance qu'il a contre l'assureur, créancier lui-même du réassureur.

Il serait inexact de vouloir tirer de ce principe la conséquence que l'assuré ne pourrait réclamer un privilège sur le montant de la réassurance ; car aucune loi n'accorde de privilège à l'assuré contre l'assureur, au réassuré contre le réassureur.

En sens inverse, il faut conclure de ce que la réassurance est un contrat distinct de l'assurance que le réassureur non payé de la prime de réassurance ne peut poursuivre directement l'assuré pour la prime qu'il doit à l'assureur ; en ce cas, le réassureur n'aurait encore à sa disposition contre l'assuré que l'action oblique de l'article 1166.

Mais, le réassuré peut céder au réassureur tous ses droits à la prime qui lui est due : cette cession régulièrement acceptée par l'assuré ou à lui notifiée saisirait le réassureur tant à l'encontre du débiteur cédé qu'à l'encontre des tiers.

Le réassuré peut également céder à l'assuré la créance éventuelle en indemnité qu'il a contre le réassureur, et, ici encore, cette cession régulièrement acceptée par le réassureur, ou à lui notifiée, saisirait l'assuré tant à

l'encontre du débiteur cédé qu'à l'encontre des tiers.

En ces hypothèses, le réassureur a une action directe contre l'assuré pour le paiement de la prime, et l'assuré a une action directe contre le réassureur pour le paiement de l'indemnité.

Il peut se présenter une autre hypothèse où l'assuré acquiert une action directe contre le réassureur ; c'est lorsque l'assureur stipule au profit de l'assuré dans le contrat de réassurance. Cette stipulation, bien que faite pour autrui, est valable en vertu de l'article 1121 du Code civil, aux termes duquel on peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même. Dans ce cas, par conséquent, l'assuré sinistré peut actionner séparément, soit l'assureur, soit le réassureur ; ou il peut les poursuivre solidairement en réparation du dommage que le sinistre lui a causé.

De ce que l'assurance et la réassurance constituent deux contrats distincts résultent d'importantes conséquences.

1° D'abord l'assurance peut être valable et la réassurance nulle. Mais, nous le verrons, la réassurance ne pourrait pas être valable si l'assurance était nulle ; car la réassurance est, en quelque sorte, un contrat accessoire qui se greffe sur une assurance et qui ne peut produire aucun effet, si le contrat principal ne subsiste pas.

Il va de soi qu'au contraire le sort du principal n'est pas lié au sort de l'accessoire.

Recherchons quelques-unes des hypothèses dans les-

quelles, l'assurance étant valable, la réassurance sera nulle en vertu de causes à elles spéciales et sans que la nullité de celle-ci réagisse sur l'assurance.

La réassurance pourrait être nulle pour violation de l'article 357 du Code de commerce, c'est-à-dire parce qu'elle aurait été frauduleusement contractée par le réassuré pour une somme excédant la somme assurée.

Il y aurait nullité par application de l'article 359, si plusieurs réassurances excédant la somme assurée avaient été frauduleusement conclues.

La réassurance sera nulle en vertu de l'article 366, si au moment de la conclusion du contrat le réassuré connaissait le sinistre ou le réassureur l'heureuse arrivée.

La réassurance pourrait être nulle en vertu de l'article 348 pour réticence ou fausse déclaration.

On peut aussi prévoir la résolution de la réassurance par l'effet d'une clause spéciale insérée dans la police de réassurance. Ainsi, on peut supposer qu'une assurance sur corps ayant été souscrite avec la clause qu'elle sera maintenue si le capitaine est changé, une réassurance est, au contraire, conclue avec la clause portant que le contrat sera résolu en cas de changement du capitaine.

2° L'assureur a le droit de se faire payer par le réassureur le montant total de la réassurance, bien que l'assuré lui ait fait remise de la dette en totalité ou en partie. Mais, le plus souvent, la convention des parties apporte une dérogation à ce principe. La formule des polices de réassurance dit habituellement « que le réassureur s'o-

blige à rembourser son *prorata* dans toutes pertes, avaries et ristournes sur la simple production des quittances des premiers assurés ». En ce cas, la quittance de l'assuré donne la mesure des droits de l'assureur contre le réassureur. Celui-ci profite alors des remises volontaires et des transactions accordées par l'assuré; mais cet effet ne se produit qu'en cas d'accord volontaire entre les parties; il ne se produirait pas en cas de faillite de l'assureur parce qu'alors la réduction de la dette n'est pas l'œuvre de l'assuré; c'est un effet de la faillite, indépendant de la volonté des parties, qui ne réduit pas la créance de l'assureur contre le réassureur.

3° Si l'assuré tombe en faillite et que, par suite, l'assureur n'ait touché qu'une partie de la prime, il n'en doit pas moins au réassureur la prime entière de réassurance.

4° En sens inverse, si c'est l'assureur qui est tombé en faillite et qu'il n'ait payé qu'un dividende à l'assuré, le réassureur n'en doit pas moins le montant total de la réassurance. Il est, en effet, de principe, que si la faillite réduit les dettes du failli à un simple dividende, ses créances restent intactes. En cette hypothèse, la clause par laquelle le réassureur s'oblige à rembourser le réassuré sur la simple production de la quittance de l'assuré ne modifie pas le principe. Tout d'abord, « il est clair que les syndics du failli doivent commencer par discuter les débiteurs avant de savoir ce qui pourra être réparti aux créanciers. Pris à la lettre, le pacte par lequel le

réassureur ne paie que sur l'exhibition de la quittance de l'assuré aboutirait donc à une impasse. Les réassureurs ne paieraient jamais, puisqu'on ne pourrait payer l'assuré qu'avec leur argent » (de Courcy) (1). De plus, le réassureur ayant presque toujours touché la prime de réassurance au moment du contrat, ayant par conséquent, reçu le prix total du risque, ne peut étant solvable et *in bonis*, se libérer par un remboursement partiel. On peut dire, du reste, que le réassuré a payé toute sa dette mais en monnaie de faillite, que c'est là un effet de la faillite qui ne regarde en rien le réassureur. On ajoute aussi que la prétention du réassureur de se libérer au moyen d'un remboursement réduit repose sur une fausse interprétation du contrat de réassurance ; car ce qu'on réassure, ce n'est pas la somme à payer par le premier assureur, mais, aux termes de l'article 342 du Code de commerce, ce sont les effets mêmes assurés et c'est leur valeur que le réassureur doit payer.

II. — ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA RÉASSURANCE.

Le contrat de réassurance exige, comme le contrat d'assurance, trois éléments essentiels : des risques, une chose réassurée, une prime.

Nous allons examiner successivement chacun de ces trois éléments.

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, p. 292.

1. — *Des risques.*

Il ne peut y avoir de contrat de réassurance, si une chose n'est pas exposée aux fortunes de mer et si, dès lors, le réassuré ne court pas le risque d'avoir à réparer un dommage causé à cette chose assurée. Il faut, pour que ce contrat prenne naissance, que le réassuré soit exposé à subir un préjudice que la réassurance a pour but de réparer. Si le risque manquait à la réassurance, elle dégénérerait en gageure, en contrat interdit par la loi, comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; c'est la règle qui s'applique à l'assurance ; or, nous l'avons dit, la réassurance n'est qu'une assurance dans laquelle le réassureur est l'assureur, le réassuré l'assuré. Les mêmes principes régissent les deux contrats ; l'un et l'autre sont des contrats d'indemnité et n'ont pas pour but de faire réaliser un gain, mais de réparer un préjudice ; la réassurance ne peut pas être pour le réassuré une occasion de s'enrichir : *in materia assecurationis, detrimenti, non lucri fit præstatio.*

L'assureur répare le préjudice qu'un risque de mer a fait subir à l'assuré ; la réassurance a pour but de réparer le préjudice que ce même risque de mer a fait subir à l'assureur réassuré. Or, ce préjudice a consisté à payer à l'assuré une indemnité égale, en principe, à la valeur des choses que le sinistre a détruites. Ce sinistre, quand il y

a réassurance, a fait naître une créance en remboursement au profit du réassuré contre le réassureur. On peut dire que, dans le contrat d'assurance, l'assuré est exposé à subir, soit des avaries-dommages, soit des avaries-frais, tandis que dans la réassurance, le réassuré qui est l'assuré ne peut subir que des avaries-frais. L'assureur tenu de payer une indemnité est, en qualité d'assuré, créancier de son remboursement par le réassureur.

Le montant de ce qui a été payé par l'assureur est la limite extrême de ses droits contre le réassureur ; s'il pouvait obtenir davantage, il s'enrichirait ; ce qui excéderait sa créance de remboursement serait pour lui un bénéfice illicite ; or, cela est interdit par le caractère de contrat d'indemnité du contrat de réassurance.

De ce caractère de la réassurance découlent d'importantes conséquences.

1° Les conditions de la réassurance ne doivent pas être plus avantageuses pour le réassuré que ne le sont pour lui les conditions de l'assurance. Au contraire, le réassureur peut ne prendre à sa charge qu'une partie des risques supportés par l'assureur. Ainsi la réassurance pourra ne garantir qu'une partie de la somme assurée, par exemple, ce qui a excédé le plein de la compagnie assureur, ou bien la réassurance peut être faite *franc d'avaries* alors que cette condition n'est pas stipulée dans l'assurance. La réassurance pourrait n'être conclue que pour certains seulement des risques garantis par l'assu-

reur, pour les risques d'incendie, pour les risques d'abordages ou souscrite pour des parages moins nombreux, pour un temps moins long.

L'assureur, qui a assuré conjointement le corps et les facultés, peut ne réassurer que l'un ou les autres. Si l'assurance est faite pour l'aller et retour, la réassurance peut être souscrite pour l'un ou l'autre seulement.

2° Cette deuxième conséquence est indiquée par les articles 357 et 358 du Code de commerce, ainsi conçus :

Article 357. — Un contrat d'assurance ou de réassurance consenti pour une somme excédant la valeur des effets chargés est nul à l'égard de l'assuré seulement, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de sa part.

Article 358. — S'il n'y a ni dol ni fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue. En cas de pertes, les assureurs sont tenus d'y contribuer chacun à proportion des sommes par eux assurées. Ils ne reçoivent pas la prime de cet excédant de valeur, mais seulement l'indemnité de demi pour cent.

Ces articles font une distinction, suivant que la surévaluation est due à la fraude ou à l'erreur, et dans le premier cas ils annulent tout le contrat ; dans le deuxième, ils le maintiennent jusqu'à concurrence de la valeur réelle des effets assurés.

En matière de réassurance deux hypothèses doivent être prévues.

1° L'assureur s'est fait réassurer pour une somme supérieure à la somme assurée. Il est à remarquer que cette exagération de la valeur assurée offre moins de dangers dans la réassurance que dans l'assurance, en supposant toutefois qu'une exagération semblable n'ait pas été déjà commise dans l'assurance; en effet, dans ce dernier contrat, la surévaluation crée pour l'assuré un intérêt à la perte de la chose; or, souvent cette perte pourra dépendre de lui, par exemple, de son défaut d'activité, de son manque de soins, s'il est à la fois capitaine et copropriétaire du navire. Dans la réassurance, un tel danger ne serait à craindre qu'en cas de connivence entre le réassuré et l'assuré; le réassuré n'a pas d'action sur la chose assurée, sur la bonne conduite du voyage. La sanction sera cependant la même dans les deux contrats, parce que l'un et l'autre sont des contrats d'indemnité, et ne doivent, ni pour le tout, ni pour partie, dégénérer en gageure.

Voyons donc les conséquences de cette exagération.

Si elle a été commise de bonne foi, le contrat sera maintenu jusqu'à concurrence de la somme assurée; pour l'excédant, il y aura ristourne et dans cette proportion il n'y aura pas de prime; le réassureur aura seulement droit à l'indemnité du demi pour cent. Le réassuré ne pourrait demander la réduction de la réassurance, pour obtenir une réduction correspondante de la prime. Le réassureur seul a ce droit parce que son intérêt à la réduction est beaucoup plus grand que celui du réassuré et

que ce dernier ne peut invoquer son inadvertance. En cas de réassurance, une erreur semblable se produira rarement, puisque la somme assurée qui doit être réassurée est fixée dans la police d'assurance ; on peut cependant supposer qu'elle a été commise par un mandataire ou un commissionnaire.

Si la surévaluation est l'œuvre de la fraude, la réassurance est annulée pour le tout ; ici encore, le réassureur seul a le droit de demander cette nullité ; mais il doit la demander, elle n'existe pas *de plano*, comme on l'a prétendu en matière d'assurance. En faisant tomber le contrat, il perd le droit de garder ou d'exiger la prime ; il ne conserve que l'indemnité du demi pour cent ; on ne pourrait pas soutenir que la nullité laisse subsister le droit à la prime, pour le réassureur ; la nullité une fois prononcée existe *erga omnes* ; les effets de la convention ne peuvent être scindés. La fraude ressortira d'elle-même dans la plupart des cas, de la comparaison entre la somme assurée et la somme réassurée ; si, néanmoins, elle n'est pas constante, les principes généraux doivent s'appliquer et ce sera au réassureur à la démontrer.

On peut prévoir l'hypothèse où l'exagération de la somme réassurée est connue des deux parties au moment du contrat, où elle a été admise de leur commun accord ; l'une et l'autre ont alors le droit de demander la nullité du contrat, car elles ont fait une gageure, un contrat frappé d'une nullité d'ordre public.

2° Si, au lieu de supposer une surévaluation commise

dans la réassurance, nous supposons une exagération commise dans l'assurance, quelle sera la situation du réassureur ? Pourra-t-il demander la nullité ou la réduction de la réassurance, en se fondant sur la surévaluation dont l'assurance est affectée ? On pourrait croire que ce droit ne lui appartient pas, parce que l'assurance est pour lui *res inter alios acta*, un contrat étranger à la réassurance. Le réassureur a cependant un grand intérêt à agir, parce qu'un sinistre survenant les moyens de preuve pourraient faire défaut. Nous n'hésitons pas à résoudre la question affirmativement à l'aide de l'article 357. Cet article établit bien que la réassurance ne tombe pas seulement par voie de conséquence, si l'assurance est annulée pour surévaluation des effets chargés. La réassurance peut être annulée, non seulement si elle a été souscrite pour une somme supérieure à la somme assurée, mais d'après l'article 357, si elle a été consentie pour une somme excédant la valeur des effets chargés. Le réassureur peut prendre directement en considération la valeur des effets chargés pour demander la nullité de son contrat. Et c'est de toute justice ; la surévaluation commise dans l'assurance crée pour l'assuré un intérêt à la perte de la chose et menace le réassureur qui doit, en définitive, supporter le préjudice causé par le sinistre.

L'article 357 donne donc au réassureur le droit de faire annuler le contrat de réassurance quand, par dol ou par fraude, l'assureur fait réassurer une chose dont la valeur a été exagérée dans l'assurance, et cela, alors

même qu'une nouvelle surévaluation n'aurait pas été commise dans la réassurance.

L'article 358 lui donne le droit de faire réduire la réassurance à la juste valeur des choses, si le réassuré a été de bonne foi ; il va de soi que le réassureur doit respecter la surévaluation que la pratique tolère.

3° On ne peut pas contracter plusieurs réassurances ayant toutes pour objet l'assurance entière. Mais on peut réassurer certains risques à une compagnie et certains risques à une autre, par exemple, les risques d'incendie à l'une et les risques d'abordage à l'autre. Et quand l'assureur a contracté une réassurance pour une somme inférieure à la somme assurée, il est certainement libre d'en conclure une deuxième pour le découvert qu'il a gardé. En effet, l'article 342 n'empêche pas de se faire réassurer pour le tout ; il faudrait une prohibition expresse dans un premier contrat de réassurance pour que l'assureur ne pût pas réassurer le découvert qu'il aurait gardé. En fait, souvent les assureurs ne réassurent pas la totalité des risques qu'ils ont pris à leur charge ; ils ne réassurent que l'excédant de la somme qu'ils ont l'habitude de garantir ; mais aucune loi n'impose cette obligation au réassuré en matière maritime. Au contraire, dans les réassurances terrestres contre l'incendie, il est de principe que l'assureur garde sous sa garantie exclusive des risques dans une proportion au moins égale à la proportion réassurée, sous peine, en cas de sinistre, de voir sa réassurance réduite dans la proportion établis-

sant l'égalité et sans que le réassureur soit tenu à aucune ristourne de prime (Debrock) (1).

Un assureur peut être dans la nécessité de conclure plusieurs réassurances, parce qu'une réassurance unique dépasserait le plein de la compagnie réassureur ; souvent le plein du réassureur est inférieur au plein de l'assureur ; il en est, du moins ainsi, dans les réassurances terrestres contre l'incendie.

Qu'en sera-t-il de la double réassurance ?

L'article 359 du Code de commerce prévoyant le cas de double assurance, dispose : « s'il existe plusieurs contrats d'assurance faits sans fraude sur le même chargement et que le premier contrat assure l'entière valeur des effets chargés, il subsistera seul. Les assureurs qui ont signé les contrats subséquents sont libérés ; ils ne reçoivent que demi pour cent de la somme assurée. Si l'entière valeur des effets chargés n'est pas assurée par le premier contrat, les assureurs qui ont signé les contrats subséquents répondent de l'excédant en suivant l'ordre de la date des contrats. »

Cet article est certainement applicable à la réassurance. Il faut en conclure que s'il existe plusieurs contrats de réassurance et que le premier réassureur ait réassuré toute la somme assurée, le contrat par lui souscrit subsistera seul : les réassureurs subséquents seront libérés et recevront demi pour cent de la somme réassu-

1. Louis Debrock. *Manuel du réassureur contre l'incendie.*

rée. Au contraire, si toute la somme assurée n'est pas réassurée par le premier contrat, les réassureurs qui ont souscrit les contrats subséquents répondent de l'excédant en suivant l'ordre de la date de leurs contrats.

Voilà la sanction de la double réassurance conclue de bonne foi. Qu'en sera-t-il si plusieurs contrats de réassurance sont conclus frauduleusement? Si le réassuré a ainsi divisé la somme assurée entre plusieurs polices afin d'échapper à la nullité édictée par l'article 357 au cas de surévaluation dans une seule police, il faut admettre la nullité de toutes les réassurances.

En Angleterre, quand plusieurs assurances s'appliquent à un même objet et en dépassent la valeur, on ne suit pas la règle de l'ordre des dates. « L'assuré peut s'en prendre à tel des assureurs que bon lui semble pour réclamer une complète indemnité, mais l'assureur qui l'a payée a son recours contre les autres assureurs, afin de la faire répartir proportionnellement entre eux (1). »

Ces principes différents peuvent donner lieu à des difficultés.

Ainsi que faudrait-il décider si deux réassurances ayant pour objet la même assurance étaient souscrites, l'une en France et l'autre en Angleterre? Adoptant, par analogie, les solutions que M. Em. Cauvet (2) donne

1. Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial*, tome II, page 314, note.

2. Emile Cauvet : *Traité des assurances maritimes*, tome I, n. 344, pages 401 et 402.

dans le cas d'assurance, nous dirons : deux hypothèses doivent être prévues dans ce cas : ou la réassurance souscrite en Angleterre est antérieure à celle souscrite en France, ou elle lui est postérieure. Dans le premier cas, comme le réassureur anglais ne doit rembourser le réassuré qu'au prorata, ou bien qu'il a le droit, lorsqu'il rembourse toute la somme qu'a payée le réassuré, à un recours que celui-ci doit lui garantir, le réassureur français, quoique s'étant engagé après lui, ne saurait refuser ou le concours ou le recours, par la raison que s'il les refusait, le réassuré ne serait remboursé qu'incomplètement. Or, l'article 359 (par analogie) impose au second réassureur l'obligation de le compléter. Lorsque le réassureur français a souscrit la première réassurance, le cas est différent. En effet, de deux choses l'une : ou après que ce réassureur a remboursé toute la somme réassurée, le réassureur anglais accepte et paye le recours au prorata et alors la position du premier devient meilleure, ce qui exclut toute réclamation de sa part ; ou bien le réassureur anglais conteste le recours par un motif quelconque, et alors le réassuré ne saurait en être déclaré responsable, car lorsqu'il a traité avec le réassureur français, il ne s'est pas obligé à souscrire une deuxième réassurance en Angleterre pour faire la position de celui-ci meilleure.

Le réassuré pourrait stipuler d'un deuxième réassureur qu'il le remboursera malgré l'existence de la première réassurance ; par là, le réassuré se met à l'abri de l'insolvabilité du premier réassureur ou des exceptions de nullité et

autres par lesquelles ce dernier ferait écarter son action. Mais la deuxième réassurance ne doit pas faire double emploi avec la première ; elle ne doit pas être un moyen de lucre pour le réassuré et celui-ci doit transmettre au deuxième réassureur tout le bénéfice de la première réassurance.

Si la première réassurance était nulle, la deuxième sortirait à effet.

Mais le réassuré ne pourrait pas poursuivre le deuxième réassureur en renonçant de lui-même au premier contrat, celui-ci ne pouvant être dissous que du consentement du réassureur et du réassuré.

Certains auteurs admettent que lorsque la première réassurance a été résiliée d'un commun accord par le premier réassureur et le réassuré, la seconde réassurance doit produire ses effets, comme si la première était nulle, mais cette solution doit être repoussée ; la résiliation amiable de la première réassurance ne donne pas vie à la seconde.

4° La réassurance est nulle lorsque la chose réassurée avait déjà péri ou, au contraire, était déjà arrivée à bon port au moment de la réassurance.

Si l'objet assuré avait péri ou était déjà arrivé à bon port au moment de l'assurance, celle-ci serait nulle et la réassurance serait nulle par voie de conséquence, faute d'objet. Ce n'est pas l'hypothèse que nous prévoyons ici ;

l'assurance est valable ; au moment où elle a été conclue, le risque existait ; nous supposons qu'il n'existe plus quand la réassurance est souscrite ; alors celle-ci est nulle parce qu'il n'y a plus de risques. Mais les risques putatifs étant assimilés aux risques réels, tant que les parties ne connaîtront pas ou plutôt ne seront pas présumées connaître l'heureuse arrivée ou le sinistre, la conclusion du contrat sera possible. Entre réassureur et réassuré, on appliquera le plus souvent les prescriptions qui sont posées par les polices françaises pour le cas d'assurance, la présomption légale de l'article 366 étant ordinairement exclue par les polices.

Il faut étendre à la réassurance la sanction de l'article 368 du Code de commerce : si le réassuré connaissait la perte il devrait au réassureur une double prime ; si le réassureur connaissait l'heureuse arrivée, il devrait au réassuré une somme double de la prime, sans préjudice pour l'un ou pour l'autre de la sanction pénale dont parle le Code.

5° On a voulu rattacher au principe que la réassurance n'est qu'un contrat d'indemnité, une conséquence exagérée et fausse. On a soutenu que l'assureur ne peut faire réassurer la somme assurée que déduction faite de la prime qu'il doit recevoir. Ainsi, a-t-on dit, celui qui souscrit une assurance pour une somme de 10.000 francs moyennant une prime de 10 pour 100 ne peut faire porter la réassurance que sur une somme de 9.000 francs.

C'était l'opinion de *Pothier* (1) et de *Valin* (2) : elle a été reproduite par plusieurs auteurs modernes. Autrement l'assureur, prétend-on, réaliserait un bénéfice en cas de sinistre, puisqu'il recevrait la prime de l'assuré et ne la paierait pas au réassureur. Cette assurance, disait Valin, ne me paraît pas plus licite que celle du profit maritime en cas de prêt à la grosse.

Autrefois, Emerigon avait déjà démontré la fausseté de cette doctrine, et aujourd'hui, tant en France qu'à l'étranger, on permet généralement à l'assureur de comprendre dans la réassurance toute la somme assurée sans en déduire la prime.

En effet, dit M. *Em. Cauvet* (3), l'opinion contraire repose sur une erreur de calcul. En excluant de la réassurance la prime de l'assurance, on arrive au résultat suivant : soit une assurance sur facultés, pour une somme de 10.000 francs moyennant une prime de 10 pour 100.

Il est clair qu'au cas de perte totale l'assureur paie la somme assurée, soit. , .	10.000 fr.
mais qu'il reçoit la prime, soit.	1.000
	9.000 fr.

1. Pothier : *Traité des contrats d'assurance*, n. 35.

2. Valin : *Commentaire de l'ordonnance de 1681*, livre III, titre XVI, art. 20.

3. Emile Cauvet : *Opus citat.* : tome I, n. 293, pages 334 et suiv.

de sorte qu'il n'est réellement en perte que de la différence, soit 9.000 francs.

Ainsi que le veulent les partisans du premier système, il fait réassurer cette dernière somme, moyennant une prime de 10 pour 100, et, dès lors, il reçoit, la perte totale étant supposée, du réassureur. . . . 9.000 fr.
moins la prime qu'il lui doit, soit. . . . 900 fr.

8.100 fr.

L'assureur paie donc 9.000 francs, la prime déduite, par conséquent non encaissée, et il ne reçoit net que 8.100. Ce qui constitue une perte de 900 francs.

Si on suppose, au contraire, que la prime de l'assurance est comprise dans la somme réassurée, la position de l'assureur, après une perte totale, sera la suivante :

Il paie 10.000 francs à l'assuré; il les reçoit du réassureur.

Il reçoit 1000 francs de prime de l'assuré, il les paie au réassureur. Donc, il n'a aucun bénéfice, et puisque la réassurance est valable lorsqu'elle relève l'assureur des pertes auxquelles il est exposé, sans lui procurer un bénéfice, il s'ensuit que l'assureur peut faire réassurer la prime.

Pour justifier ce dernier système, M. de Valroger (1) ajoute :

1. De Valroger : *Commentaire théorique et pratique du livre II du Code de commerce* : tome III, n. 1465, pages 414 et 415.

« Le Code permet de faire réassurer les effets assurés sans faire aucune limitation ; la réassurance même portant sur le capital entier laisserait assez l'assureur en perte, quand, comme cela arrivera presque toujours, elle se fera à un taux plus élevé que l'assurance. Pourquoi aggraver encore la situation de l'assureur ? Aussi est-il généralement admis que l'assureur qui se fait réassurer n'a pas à déduire la prime. » L'observation de M. de Valroger est exacte : mais il faut remarquer qu'en fait, les primes de réassurances sont souvent inférieures à celles de l'assurance, par suite de la bonification que le réassureur accorde à l'assureur.

Mais il est une autre conséquence exacte qu'il faut tirer du principe que la réassurance ne doit procurer aucun bénéfice au réassuré. C'est celle-ci : l'assureur ne peut faire réassurer la prime de la prime et les primes des primes que s'il les a lui-même assurées. En effet, si l'assurance ne les comprenait pas et que néanmoins le réassuré en obtînt garantie du réassureur, en cela la réassurance serait une gageure et une occasion de lucre pour le réassuré. Un exemple va le faire voir. L'assureur a souscrit une assurance pour une somme de 10.000 francs, moyennant une prime de 1000 francs, non comprise dans l'assurance. En cas de sinistre, il paye à l'assuré 10.000 francs, moins la prime, soit 9000 francs. S'il a fait porter la réassurance non seulement sur ces 9000 francs, mais sur la prime des primes, il reçoit du réassureur, outre les 9.000 francs qu'il a payés à l'assuré, 1000 francs moins

la prime qu'il doit payer pour l'assurance de la prime des primes ; l'excédant des 9.000 francs est pour lui un bénéfice. Pour les 9.000 francs il y avait réassurance remboursement valable de l'indemnité payée ; pour l'excédant il y a gageure ; aussi doit-on décider que la réassurance ne peut garantir la prime des primes que si elle était comprise dans l'assurance. Dans cette dernière hypothèse, en effet, l'assureur paie toute la perte sans recevoir de prime ; il paie 10.000 francs sans déduire la prime ; il peut donc faire réassurer ces 10.000 francs et le remboursement qui lui en est fait par le réassureur ne constitue pas pour lui un bénéfice et n'est qu'une application légitime de la règle que la réassurance ne doit être qu'un contrat d'indemnité.

II. — OBJET DE LA RÉASSURANCE.

L'assureur, dit l'article 342, peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés. La réassurance porte donc sur les effets mêmes garantis par l'assurance ; mais comme ces effets ne peuvent être l'objet d'une réassurance que lorsqu'ils sont l'objet d'une assurance valable, on a pu dire exactement que c'est cette assurance qui est l'objet de la réassurance et toutes les fois que l'assurance est inexistante, annulée ou réduite, la réassurance sera inexistante, annulée ou réduite.

Nous verrons que les polices de réassurance contiennent ordinairement une clause aux termes de laquelle le

réassureur se met entièrement aux lieu et place du réassuré et s'engage à le rembourser sur la simple exhibition de la quittance de l'a suré, approuvant d'avance tous avenants souscrits ou à souscrire, tous procès engagés par l'assureur, etc.

On a prétendu que cette clause a pour effet d'enlever au réassureur le droit de se prévaloir de la nullité, de l'inexistence même de l'assurance, alors que celle-ci ne constituerait qu'un simple pari sur la bonne arrivée d'un navire (Tribun. de Com. du Havre : 14 nov. 1863, *Journal du Havre* : 1863, 1, 303).

Cette doctrine ne peut être admise ; elle dénature la clause dont nous parlons ; le réassureur a toujours le droit d'opposer à la demande en remboursement du réassuré l'inexistence ou la nullité de l'assurance ; parce que se prévalant de cette inexistence ou de cette nullité, il démontre que le contrat de réassurance n'a pas d'objet, manque par suite, d'un de ses éléments essentiels et n'a pu produire aucun effet contre lui, ni créer à sa charge une obligation de remboursement.

Nombreuses sont les hypothèses où l'assurance est inexistante, nulle ou réductible, où dès lors, la réassurance n'a pas d'objet ou peut elle-même être réduite. Nous étudierons seulement les plus importantes d'entre elles.

1° Défaut de risques ou changement de risques dans l'assurance.

Tout d'abord l'assurance n'existera pas en vertu du principe fondamental qu'elle n'est qu'un contrat d'indemnité, s'il n'y a pas de risques. Or, d'après Cresp (1), il n'y aura pas de risques : 1° Si la chose présentée comme mise en risques n'existe pas, n'est que supposée ; 2° Si cette chose existant n'est réellement exposée à aucun péril ; 3° Si la chose existant et courant des dangers, l'assuré n'y a réellement aucun intérêt.

Il faut ajouter un autre principe, c'est que le changement de risques équivaut au défaut de risques et annule l'assurance, parce qu'à ce point de vue l'assurance est un contrat de droit strict et que l'assureur ne répond que des risques prévus.

Ces règles trouveront d'abord leur application dans le cas de rupture du voyage avant le départ ; hypothèse prévue par l'article 349 du Code de commerce : « Si le voyage est rompu avant le départ du vaisseau, même par le fait de l'assuré, l'assurance est annulée ; l'assureur reçoit à titre d'indemnité demi pour cent de la somme assurée. »

Lord Mansfield a très bien dit (2) : « l'assurance est

1. Cresp et Laurin : *Cours de droit maritime* : tome III, p. 169.

2. Voir : Em. Cauvet : *opus citat.*, tome I, n° 123 : pages 130 et 131.

un contrat d'indemnité et la prime est payée à l'assureur à cause de l'obligation de payer la perte à laquelle il s'est soumis. Si donc le péril n'existe pas, si aucune perte ne peut survenir, de quelque manière que cela ait lieu, la prime a été payée sans cause et doit dès lors être restituée. »

L'assurance étant nulle faute de risques, la réassurance est nulle faute d'objet. Il est aussi exact de dire que la réassurance étant un contrat d'indemnité et la prime étant payée au réassureur à cause de l'obligation de rembourser le réassuré à laquelle il s'est soumis, si le péril n'existe pas, si aucune perte ne peut survenir, le réassuré ne court pas le risque de payer une indemnité, le réassureur ne court pas le risque de la lui rembourser; la prime de réassurance a donc été payée sans cause et doit, dès lors, être restituée. Mais le réassureur, comme l'assureur, recevra, à titre de dommages-intérêts, demi pour cent de la somme réassurée. En matière d'assurance la rupture du voyage peut avoir lieu par le fait de l'assuré ou par force majeure; en matière de réassurance, la rupture du voyage, même par le fait de l'assuré, est un cas de force majeure pour le réassuré; en effet, la volonté de celui-ci n'a aucune influence sur la mise en risques; on ne peut donc pas dire, entre réassureur et réassuré, que le contrat renferme une condition potestative au profit de l'assuré, ici le réassuré, comme on l'a quelquefois dit du contrat d'assurance.

Quel sera l'effet sur l'assurance, et, dès lors, sur la

réassurance non plus de la ruption du voyage, mais du changement de voyage? Dans ce cas, il y a mise en risques; mais les risques sont changés. Or, comme il est de principe que l'assureur ne répond que des risques convenus, le changement de voyage, par suite le changement de risques équivalant au défaut de mise en risques et annule l'assurance sans que l'assuré puisse soutenir que le nouveau voyage offre moins de risques pour l'assureur. En cette hypothèse encore, l'assurance tombant, la réassurance manquera d'objet. Il a été jugé par le tribunal de commerce du Havre, le 1^{er} mai 1866 (*Journ. du Havre* (1) : 1866. 1. 64) : qu'il y a lieu à l'annulation d'une réassurance maritime lorsque le voyage effectué et dans lequel le sinistre a eu lieu est autre que le voyage assuré ou réassuré, bien que les primes pour le voyage effectué ne soient pas plus élevées que celles du voyage assuré, et que les risques du premier ne soient pas plus grands que ceux du second.

Et qu'en pareil cas, le réassureur est fondé, non seulement à ne rien payer au réassuré, mais encore à exercer contre lui la répétition de toutes les sommes qu'il lui aurait versées pour le paiement des pertes survenues dans le voyage effectué et qui se trouve être autre que le voyage réassuré.

1. Ce recueil que nous citons, par abréviation : *Journal du Havre*, est publié sous le titre de : *Recueil de Jurisprudence commerciale et maritime du Havre*.

De ce que le risque est un élément essentiel de l'assurance, de ce que celle-ci n'est qu'un contrat d'indemnité, il résulte que :

1° On ne peut faire assurer une chose pour une somme supérieure à sa valeur. Une telle assurance ayant été réassurée, quel sera le sort de la réassurance ?

Si l'assurance exagérée a été conclue de mauvaise foi, si elle est annulée, la réassurance est annulée par voie de conséquence.

Si l'assurance a été conclue de bonne foi, elle est réduite ; la réassurance elle-même est réduite si l'assureur était de bonne foi au moment de la réassurance.

Bien que l'assuré ayant surévalué l'objet assuré fût de bonne foi et, par suite, l'assurance maintenue, la réassurance serait nulle si l'assureur l'avait frauduleusement conclue, connaissant, au moment de ce contrat, la surévaluation des objets assurés.

Si au lieu de supposer une réassurance unique de l'objet surévalué assuré, nous supposons plusieurs réassurances et que l'on s'aperçoive, à l'époque du règlement, que l'assurance principale excède la valeur de l'objet mis en risques la ristourne doit-elle se faire d'après l'ordre des dates, en commençant par la dernière réassurance ? Doit-elle, au contraire, porter proportionnellement sur chacun des contrats ?

« Il est possible que l'assureur et le réassureur aient entendu faire un contrat, aux termes duquel il n'y aurait pas matière à réassurance dès qu'une ou plusieurs réassuran-

ces seraient égales à la valeur de l'objet mis en risques. Il est également possible que l'assureur ait entendu faire aux réassureurs un même sort et transmettre à chacun une portion des risques. Si l'évaluation de l'objet assuré est indiquée dans le contrat de réassurance, nous inclinons à penser que la deuxième interprétation devra prévaloir (Droz) (1). »

2° L'assurance est nulle lorsque la chose assurée avait déjà péri ou, au contraire, était déjà arrivée à bon port au moment où le contrat d'assurance a été conclu ; il n'y a pas alors, en réalité, de risques. Lorsqu'il est démontré contre l'assuré ou l'assureur, en vertu de la présomption de l'article 366 ou en vertu des présomptions des polices françaises qui excluent la présomption légale, que l'assuré connaissait la perte ou que l'assureur était instruit de l'heureuse arrivée au moment de l'assurance, celle-ci est nulle et ne peut être l'objet d'une réassurance. Le réassureur peut invoquer la nullité de la réassurance en se fondant sur la nullité de l'assurance et, dans cet ordre d'idées, il a été jugé que dans une assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles, le réassureur ne peut faire annuler la police en alléguant qu'à l'heure du contrat le sinistre survenu au navire assuré était connu, qu'à la condition de prouver que l'assuré avait une connaissance personnelle de cet événement (*Journ. du Havre*, 1865, 2, 134).

1. Alfred Droz : *Traité des assurances maritimes, du délaissement et des avaries*, tome I, n. 337, pages 413 et 414.

2° Défaut d'objet ou objet illicite dans l'assurance.

Si l'objet assuré n'existe pas, il n'y a pas d'assurance, par suite pas de réassurance ; cela se rattache aussi à l'idée qu'il n'y a pas de risques.

Avant la loi du 12 août 1885, la loi française prohibait l'assurance de divers objets. En effet, l'article 347 du Code de commerce portait : « Le contrat d'assurance est nul, s'il a pour objet le fret des marchandises existant à bord du navire, le profit espéré des marchandises, les loyers des gens de mer, les sommes empruntées à la grosse, les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse. » La loi du 12 août 1885 a fait disparaître presque toutes ces prohibitions : elle ne maintient que la nullité de l'assurance qui a pour objet les sommes empruntées à la grosse. Mais, dit M. de Courcy (1), « l'idée ne peut venir à personne de faire assurer la somme empruntée. Puisqu'on est dispensé de la rembourser par le naufrage, ce serait une opération à rebours de bon sens et une obligation sans cause. » Le même auteur indique que l'on recourt rarement aux assurances permises par la loi du 12 août 1885. « Les assurances sur fret, écrit-il, si fréquentes au temps de la marine à voiles et de leur pré-

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^me série, pages 8, 9 et 10.

tendue prohibition se font chaque jour plus rares. Elles ne sont pas dans les habitudes de la navigation à vapeur. Les assurances garantissant spécialement un bénéfice espéré sont rares aussi. Les traversées sont courtes, le télégraphe nivelle le cours des denrées sur tous les points du monde. A moins de circonstances extraordinaires, on ne voit plus guère les énormes écarts de valeurs qui se produisaient autrefois pendant que la marchandise était en route et la valeur agréée suffit à protéger les bénéfices moyens des négociants. » Quant aux gens de mer ils ne font jamais assurer leurs loyers. Ils y ont peu d'intérêt depuis que « le nouvel article 258 porte qu'en cas de naufrage les matelots sont payés de leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services. Ajoutez l'usage des avances et la brièveté des traversées, que reste-t-il à faire assurer par les matelots ? La solvabilité des armateurs peut-être ; on ne rencontrera pas beaucoup de matelots qui s'avisent de ce soin pour faire une sorte d'injure à leurs armateurs. »

L'assurance du profit maritime est rare aussi : les prêts à la grosse deviennent de moins en moins fréquents, surtout depuis que la loi sur l'hypothèque maritime a créé un autre moyen de crédit.

Il n'en est pas moins vrai que la loi du 12 août 1885 a été une réforme théorique très importante, une application exacte de l'idée que l'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité et de l'article 334 du Code de commerce qui porte que l'on peut faire assurer toutes choses estima-

bles à prix d'argent sujettes aux risques de la navigation. Du même coup, la loi de 1885 étendait le domaine de la réassurance : toutes les assurances qui garantiront les objets énumérés dans cette loi, étant désormais licites, seront l'objet de réassurances valables.

L'article 347 du Code de commerce était en opposition avec beaucoup de lois étrangères et donnait lieu à de fréquentes difficultés, parce que les assurances conclues dans un pays sont souvent l'objet de réassurances souscrites dans un autre. Or, une assurance ayant été valablement contractée à l'étranger relativement à une chose qui ne pouvait être assurée en France, une réassurance conclue en France était-elle valable ? Par exemple, on avait assuré en Angleterre où ces assurances étaient permises, un fret à faire, un profit espéré, on les réassurait en France, cette réassurance était-elle valable ? Si l'on admettait, d'après M. Em. Cauvet (1), que l'assurance ayant un tel objet n'avait en France même aucune valeur, il est évident qu'on ne pouvait reconnaître la validité de la réassurance aux yeux de la loi française ; en pareil cas, l'assureur avait voulu s'affranchir d'un risque qu'il ne courait réellement pas. Mais si l'on décidait que de telles assurances conclues dans un pays où elles étaient permises, étaient valables en France, la réassurance elle-même qui s'y rattachait devait être validée. La doctrine contraire

1. Emile Cauvet, *Traité des assurances maritimes*, tome I, n. 289, page 332.

aurait eu pour effet de transporter à l'étranger le commerce des réassurances.

Aujourd'hui, cette question ne se présente plus depuis la loi du 12 août 1885. Mais une question analogue peut être prévue en théorie, bien que, dans la pratique, elle n'offre qu'une très minime importance.

Nous avons dit que depuis la loi du 12 août 1885, les gens de mer peuvent faire assurer leurs loyers. Il y a encore de nombreux pays, même où les codes de commerce sont récents, par exemple en Italie, en Allemagne, où l'assurance des loyers n'est pas permise. En Angleterre, aux États-Unis, elle n'est admise qu'au profit du capitaine.

Une assurance des loyers étant valablement contractée en France, une réassurance serait-elle valable dans un de ces pays ? Ici encore, la solution dépend d'une distinction : si, dans ces pays, l'on considère comme d'ordre public absolu, comme une disposition législative dont la généralisation doit être souhaitée et cherchée, la prohibition de l'assurance des loyers des gens de mer, il faut admettre la nullité de la réassurance. Mais si, dans ces pays, l'on regarde comme une idée spéciale au pays, comme une loi applicable seulement sur le territoire national, la prohibition dont il s'agit, il faudrait admettre la validité de la réassurance se rattachant à une assurance que l'on déclarerait valable.

Une autre hypothèse peut être prévue : M. Desjar-

dins (1) la présente et la résout en ces termes : « On a, je le suppose, assuré en France, la vie des matelots et des passagers, l'assureur peut-il contracter une réassurance valable en Espagne où ce genre d'assurances est prohibé ? Non, si le contrat originaire est nul à ce point que les juges espagnols n'en puissent pas autoriser l'exécution sur le sol espagnol, le réassuré devant être présumé vouloir s'affranchir d'un risque qu'il n'a jamais couru. Mais si l'on décide que cette assurance loyalement conclue sur le territoire français peut être sanctionnée en Espagne, la réassurance faite en Espagne et qui s'y rattache doit être validée. »

3° *Défaut de prime dans l'assurance.*

Si un assureur s'était obligé, sans stipuler de prime, à indemniser une personne du préjudice que des événements de mer lui auraient causé, il n'y aurait pas assurance, mais une donation conditionnelle; par suite une telle opération juridique ne pouvait être l'objet d'une réassurance.

Il va de soi que, quelle que soit la nature de la prime, l'assurance existant pourra former l'objet d'une réassurance, par exemple, si la prime est implicite, comme lorsqu'elle est représentée par une diminution de fret quand l'assureur est l'affréteur du bâtiment.

1. Arth. Desjardins: *Traité de droit commercial maritime*: tome VI, n. 1376, page 248.

III. — PRIME DE LA RÉASSURANCE.

La réassurance exige, comme troisième élément, une prime. Cette prime varie, en général, selon les mêmes causes que celles qui font varier la prime d'assurance, notamment selon l'étendue et la probabilité des risques que le réassureur prend à sa charge. Si elle n'est pas fixée par la police de réassurance, on ne doit pas la considérer comme égale à celle de l'assurance ; elle doit être fixée par le cours des primes au moment de la réassurance ; quand, en effet, une réassurance est conclue parce que les risques se sont aggravés depuis le premier contrat, il est juste qu'alors, le taux des primes ayant augmenté, le réassureur bénéficie de cette augmentation qui correspond à l'aggravation des risques dont il est chargé.

L'article 342 dit formellement : la prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance.

Si elle est égale à celle de l'assurance, l'assureur ne réalise aucun bénéfice et ne subit aucune perte ; il paye au réassureur exactement la prime qu'il a touchée.

Dans la pratique actuelle, il arrive souvent que la prime de réassurance est moindre que celle de l'assurance. Cela tient à ce que les réassureurs payent une commission au réassuré et que cette commission est déduite du montant de la prime.

Dans les réassurances terrestres contre l'incendie, « le réassureur achète ses affaires moyennant une commission

de tant pour 100 sur les primes qu'il accepte. Le réassuré déduit cette commission des bordereaux de primes. Le taux de la commission varie d'après l'offre et la demande. Avant 1860, ce taux était de 15 à 20 pour 100; on l'a vu à 35 et il est encore à 25 et 28 pour 100 » (Debrock) (1).

Une pratique analogue existe en matière de réassurances de risques maritimes.

En cette hypothèse, le réassuré fait certainement un bénéfice; par exemple, une compagnie souscrit une assurance de 10.000 francs pour une prime de 1.000 francs et se réassure, moyennant une prime de 800 francs; s'il ne se produit aucun sinistre, l'assureur touche la prime de 1000 francs et ne paie que la prime de 800 francs; s'il se produit un sinistre, l'assureur paye, déduction faite de la prime, 9.000 francs, et en qualité de réassuré, il reçoit 9.200 francs, déduction faite de la prime inférieure de 800 francs, le réassuré fait donc, dans l'un et l'autre cas, un gain de 200 francs, quoiqu'il soit de principe que la réassurance n'est qu'un contrat d'indemnité. Mais la loi elle-même, dans l'article 342, autorise ce bénéfice qui dépend, d'ailleurs, autant des circonstances qui fixent le taux des primes que de la volonté des parties.

Si la prime de réassurance est supérieure à la prime de l'assurance, l'assureur réassuré est en déficit de tout ce dont la prime de réassurance excède celle de l'assurance. Mais rien n'empêche l'assureur de contracter une

1. Louis Debrock : *Manuel du réassureur contre l'incendie*.

assurance pour cet excédant et le réassureur lui-même peut le lui garantir.

Parfois le réassuré paye une forte majoration au réassureur pour se décharger de risques dont la réalisation l'inquiète beaucoup.

« L'article 342, écrit M. Debrock (1), n'est pas suivi par les réassureurs contre l'incendie parce que l'assurance contre l'incendie est loin d'être aussi aléatoire que l'assurance maritime qui, dans certains cas, donne lieu à de véritables paris. Le réassureur contre l'incendie garantit, au prorata de son intérêt, identiquement les mêmes risques que l'assureur direct et doit recevoir le même taux de prime que ce dernier, tandis qu'en assurance maritime, il arrive souvent que le réassureur ne veut garantir qu'une partie des risques couverts par l'assureur primitif. Il limite, par exemple, sa responsabilité aux avaries provenant d'abordage, d'échouement ou d'incendie et ne reçoit qu'une prime réduite de 20 pour 100, l'assureur conservant sous sa garantie exclusive la responsabilité des autres avaries ; ou il ne réassure un navire que pendant une partie du voyage et ne reçoit qu'une prime proportionnelle. Par contre, l'assureur maritime pour se décharger de ses risques sur un navire inspirant des inquiétudes ou supposé perdu, paie quelquefois des majorations de 20, 30 et jusqu'à 90 pour 100 sur la prime qu'il a reçue. En ce moment, les assureurs maritimes

1. Douis Debrock : *Manuel du réassureur contre l'incendie*.

étrangers qui acceptent des réassurances sur notre place sont tellement avides d'affaires qu'ils en sollicitent en fixant eux-mêmes des taux de primes qu'ils savent, à l'avance, être inférieurs à ceux perçus par nos assureurs français, assez sages pour se rappeler ce qu'il en coûte de vendre de la garantie au rabais. »

CHAPITRE III

FORME DU CONTRAT DE RÉASSURANCE.

La réassurance doit, comme l'assurance, être constatée par un acte écrit, par une police.

M. Em. Cauvet soutient que « lorsque l'assureur a suffisamment fait connaître au réassureur qu'il entendait traiter avec lui d'un contrat de réassurance, ce dernier est censé connaître les clauses et conditions portées dans la police d'assurance et qu'il n'est pas nécessaire de les insérer dans celle qui s'applique à la réassurance. Il a été jugé dans ce sens que le réassureur ne peut demander la nullité de la police qu'il a souscrite, en se fondant sur ce que les marchandises auxquelles s'applique l'assurance ne lui ont pas été déclarées. Bordeaux : 1^{er} mai 1848 » (1).

Cette opinion peut être admise lorsque la réassurance s'applique à toute l'assurance, à la totalité des risques courus par l'assureur ou à une quote-part de tous les risques garantis par cet assureur. On peut alors se contenter de la formule imprimée des *cédés* de réassurance

1. Voir : Emile Cauvet : *Traité des assurances maritimes* : tome I, n. 296, page 338.

usitée à Paris et ainsi conçue : « La compagnie réassureur se met aux lieu et place de la compagnie réassurée pour l'entier effet de la présente réassurance. Elle accepte les clauses et conditions de l'assurance primitive, approuve tous avenants souscrits et à souscrire, autorise tous règlements, procès et transactions, s'oblige à rembourser son *prorata* dans toutes pertes, avaries et ristournes sur la simple production des quittances des premiers assurés, s'oblige aussi à rembourser son prorata dans les frais de dispache, d'intervention, de défense et autres, et dispense formellement la compagnie réassurée de toutes communications, significations, observations de délais et formalités judiciaires. »

Dans des réassurances de ce genre, on peut admettre que le réassureur est censé connaître les clauses et conditions de la police d'assurance. Mais, dit M. Desjardins (1), c'est une raison de plus pour que le réassuré ne lui refuse aucun renseignement.

Dans de telles réassurances, on peut se dispenser de reproduire ces clauses et conditions dans la nouvelle police.

Mais lorsque la réassurance est restreinte à certains risques, lorsqu'elle n'est conclue que pour une partie déterminée des risques, par exemple, pour certains parages ou un certain temps, toutes ces conditions, cette déli-

1. Arth. Desjardins : *Traité de droit commercial maritime*, tome VI, n. 1371, p. 242.

mitation nouvelle des risques, quant à la réassurance, doivent être nettement indiquées dans la police de réassurance.

La police de réassurance, comme la police d'assurance, peut être un acte sous seing privé, régi par la formalité des doubles ou un acte notarié conforme aux prescriptions de la loi du 25 ventôse an XI. Elle peut aussi être dressée par un notaire dans la même forme que les polices rédigées par les courtiers d'assurances maritimes ; enfin comme la police d'assurance, elle peut être rédigée par un courtier d'assurances maritimes.

Conclue à l'étranger, la réassurance peut être passée dans les formes admises par la loi du pays, suivant la règle *locus regit actum* ou devant le chancelier du consulat de France en présence de deux témoins.

La preuve testimoniale ne doit plus être admise contre et outre le contenu à une police de réassurance que contre et outre le contenu à une police d'assurance.

Si des modifications ou des compléments sont apportés aux polices de réassurances, des écrits spéciaux, des ave-nants les constatent.

En principe, une police de réassurance doit contenir les mêmes énonciations qu'une police d'assurance ; elles y présentent la même utilité. Ces énonciations sont relatives principalement, aux parties contractantes, aux choses réassurées, aux risques réassurés, à la durée de la réassurance.

Citons les principales :

Date de la réassurance. — Le contrat de réassurance doit être daté du jour où il est souscrit. Conformément à l'article 332 du Code de commerce, il faut énoncer s'il a été souscrit avant ou après midi, alors même que la police est un acte sous seing privé.

La mention de la souscription avant ou après midi se justifie par deux raisons : 1° en cas de pluralité de réassurances dépassant la somme assurée, il faut connaître le moment de la souscription pour appliquer la règle de l'ordre des dates ; 2° il faut aussi connaître ce moment pour appliquer la présomption de la loi ou celles des polices françaises afin de déterminer si le réassuré ou le réassureur étaient instruits du sinistre ou de l'heureuse arrivée au moment de la conclusion du contrat.

Si aucune police n'était datée ou si quelques-unes seulement l'étaient, on ne pourrait annuler les réassurances non datées à raison de l'absence de date : la date n'est pas un élément substantiel du contrat ; les juges détermineraient, d'après les circonstances, les jour et heure auxquels chaque contrat a été conclu.

Une seule police pouvant contenir plusieurs réassurances, il faut que chacune d'elles contienne mention du jour et de l'heure de sa souscription : la date unique de la clôture de la police ne s'applique pas à chacun des contrats.

Noms des parties. — Le réassuré doit bien indiquer qu'il contracte en qualité de réassuré : le réassureur a grand intérêt à être renseigné sur l'honnêteté, la moralité du

réassuré : la réassurance, nous l'avons déjà dit, inspire la méfiance et la circonspection de l'assureur.

Si le réassuré ne contracte pas lui-même, le commissionnaire doit avoir soin de dire qu'il contracte pour un assureur.

Enonciations concernant les choses réassurées.— Le réassureur a le plus grand intérêt à bien connaître les choses garanties par l'assureur, choses qu'il garantit à son tour. Il faut indiquer, dans la police de réassurance, si elle porte sur un navire ou des facultés ou conjointement sur un navire et des facultés.

Si c'est sur un navire, en principe, il faut en donner une désignation exacte ; c'est-à-dire son nom, l'espèce à laquelle il appartient, et, en général, le nom du capitaine. En outre, mention doit être fournie de tout ce qui peut faire apprécier au réassureur l'étendue des risques qu'il prend à sa charge, par exemple, si le navire est chargé ou vide, et, en cas de guerre, s'il appartient à une nation neutre ou belligérante ; s'il doit ou non être escorté par un vaisseau de guerre.

Si ces indications n'étaient pas données ou si elles l'étaient inexactement, la réassurance pourrait être annulée en vertu de l'article 348 du Code de commerce pour réticence ou fausse déclaration. Toutefois, il n'y aurait pas lieu à l'application de cet article, si malgré l'absence des mentions requises, il était prouvé que le réassureur connaissait le navire réassuré.

S'agit-il de facultés réassurées ; il faut, en principe, en

indiquer la quantité, la nature, les marques qu'elles portent, et aussi, le nom du navire qui doit en effectuer le transport.

Mais si l'assurance porte sur facultés, quelles qu'elles soient, en quoi qu'elles consistent ou puissent consister ; s'il s'agit d'une assurance *in quovis*, c'est-à-dire d'une assurance pour laquelle la mention du nom du navire n'est pas requise ; ou bien encore, s'il s'agit de garantir une assurance souscrite par polices *flottantes* ou d'*abonnement*, dans lesquelles il n'est nécessaire d'indiquer ni la nature et la quantité des marchandises, ni le nom du navire, il va de soi que toutes ces mentions ne peuvent pas être exigées dans la police de réassurance, puisque l'assureur lui-même ne connaît ni les marchandises ni le navire qui doit les transporter.

Enonciations diverses. — S'il n'est pas expressément indiqué pour quelle somme la réassurance est conclue, elle s'applique à toute l'assurance ; mais souvent la réassurance sera limitée à l'excédant du plein de l'assureur : cette restriction doit être insérée dans la police.

Il faudra mentionner aussi toutes les autres limites apportées à la réassurance, par exemple, quant au changement du capitaine, si le réassureur veut que ce changement entraîne la résolution de la réassurance.

En ce qui concerne le temps et les lieux des risques, garantis par le réassureur, les mentions exigées par l'article 332 du Code de commerce offrent le même intérêt pour ce dernier que pour l'assureur direct ; aux termes

de cet article, on doit exprimer dans la police : « le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées ; le port d'où le navire a dû ou doit partir ; les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, ceux dans lesquels il doit entrer ; le temps où les risques doivent commencer et finir. » Notamment, l'indication du voyage à accomplir, de la route à suivre, présente une grande importance.

Mais si le réassureur ne prend pas à sa charge les risques pour tout le temps de l'assurance directe ou pour tous les lieux pour lesquels cette dernière a été souscrite, cette exclusion doit être expressément indiquée dans la police de réassurance.

Celle-ci doit encore mentionner la nouvelle prime ; nous avons dit qu'à défaut de mention, la prime de réassurance ne sera pas censée égale à celle de l'assurance ; elle sera fixée par le cours des primes au moment de la conclusion de la réassurance.

La police de réassurance contiendra presque toujours la clause compromissoire, c'est-à-dire l'engagement de soumettre à des arbitres le jugement des contestations qui pourront s'élever. Les assureurs n'aiment pas à déférer leurs procès aux tribunaux.

Le tribunal de commerce du Havre a jugé le 27 avril 1887 (*Journal du Havre*, 1887, 1, 202) que les clauses compromissoires insérées dans les polices d'assurances ou de réassurances maritimes sont valables et, doivent

recevoir leur exécution. Et que, lorsqu'en exécution d'une telle clause, les parties ont soumis leurs contestations à un arbitre, et que celui-ci a rendu sa sentence, les tribunaux de commerce sont incompétents pour réformer et même interpréter la sentence de l'arbitre.

Si la clause compromissoire n'était pas insérée dans un contrat de réassurance, la compétence appartiendrait aux tribunaux de commerce ; il y aurait lieu à l'application de l'article 420 du Code de procédure civile, en cas de réassurance unique, et s'il y a plusieurs réassureurs, à l'application de l'article 59 du même code. Il a été jugé en matière d'assurance, et la même solution doit être admise en matière de réassurance, il a été jugé qu'en cas d'assurance couverte par diverses compagnies ayant leur siège dans des lieux différents, l'assuré est fondé à actionner toutes les compagnies devant le tribunal du domicile de l'une d'elles, quoique l'assurance ait été faite par diverses polices, si, en définitive, ces polices s'appliquent au même objet et peuvent être considérées comme formant un seul et même contrat (Paris, 5 août 1863 : *Journal du Havre*, 1864, 2, 263. Aix, 16 février 1871. *Journal du Havre*, 1871, 2, 58), et que bien qu'une assurance ait été souscrite sur plusieurs polices par des assureurs différents, l'assuré a le droit de les citer tous devant le tribunal du domicile de l'un d'eux si l'objet assuré est unique, et si l'action contre tous a la même cause et le même but (Marseille, 29 mai 1877. *Journal de Marseille*, 1877, 1, 235).

Les polices de réassurances peuvent être à ordre au porteur.

Elles sont soumises à des droits de timbre.

La loi du 23 août 1871 établit, pour toute assurance maritime, un droit de 50 centimes par 100 francs du montant de la prime et de ses accessoires. Mais les réassurances ne sont pas soumises à cette taxe. « La raison en est que, bien que la taxe soit proportionnelle à la prime, elle est destinée à atteindre le capital assuré. Or malgré la réassurance, il n'y a toujours qu'un capital assuré » (1).

Mais, les réassurances étant de véritables contrats d'assurances, il suit de là et des termes généraux de l'article 33 de la loi du 5 juin 1850 que les réassurances sont sujettes au timbre de dimension. Et ce droit de timbre est perçu sur chaque réassurance et non pas seulement sur les traités généraux par lesquels les compagnies s'engagent d'avance les unes à l'égard des autres à faire ces sortes d'opérations (*Dalloz*) (2).

1. Lyon-Caen et Renault : *Précis de droit commercial* : t. II, n. 2127, p. 351.

2. *Dalloz* : *Code de l'enregistrement* : n. 13906 et 13907.

CHAPITRE IV

OBLIGATIONS DU RÉASSUREUR.

Dans le contrat d'assurance, la principale obligation de l'assureur consiste à réparer le dommage que les risques de mer ont causés à la chose de l'assuré. Il y a deux modes de réparation : le règlement par avaries et le délaissement.

Quand la chose assurée n'a pas subi un sinistre majeur, l'assuré ne peut que conserver ce qui reste de cette chose et obtenir de l'assureur réparation proportionnelle du préjudice souffert.

Quand l'objet assuré a éprouvé un sinistre majeur, l'assuré peut délaisser à l'assureur ce qui reste de cet objet et réclamer de lui la totalité de la somme assurée. Ce parti ne s'impose pas à l'assuré ; il peut préférer le premier mode de règlement ; mais celui-ci devient une nécessité pour l'assuré lorsqu'il n'a pas usé du droit de délaisser dans les délais que la loi ou la police a fixés.

Dans le contrat de réassurance, la principale obligation du réassureur est celle de rembourser à l'assureur réassuré les indemnités qu'il a payées à l'assuré, si elles

se rapportent aux risques que le réassureur a pris à sa charge.

En principe, le réassuré aura, comme l'assuré, deux moyens d'obtenir ce remboursement. Mais il faut noter dès maintenant que le réassuré n'aura la faculté d'opter entre l'un ou l'autre que si l'assuré lui a préalablement fait le délaissement. Il va de soi que lorsque l'assuré a réglé par avaries, le réassuré ne peut agir en remboursement contre le réassureur qu'en vertu de ce règlement par avaries.

Mais dans l'hypothèse où l'assuré a délaissé à l'assureur, cet assureur réassuré jouit du même droit d'option qu'un assuré direct ; il peut obtenir son remboursement du réassureur, soit en faisant, à son tour, le délaissement à celui-ci, soit en réglant par avaries.

Mais ici se présente la question de savoir si le réassuré doit notifier son délaissement au réassureur dans les délais fixés par l'article 373 du Code de commerce, ou, si le délaissement lui ayant été fait par l'assuré, il jouira d'un délai nouveau ? La Cour de cassation (Sirey, 1824, I, 199) n'a pas hésité à répondre que le réassuré doit notifier le délaissement au réassureur dans les délais fixés par l'article 373 « parce que le réassureur est l'assureur, le réassuré l'assuré et que cet article n'admet aucune exception. »

Mais il résulte de là que si l'assuré a fait le délaissement au dernier jour du délai que lui accorde la loi, le réassuré est dans l'impossibilité de le notifier à son

réassureur. Pour remédier à cet inconvénient on a proposé diverses solutions.

Certains auteurs concèdent au réassuré le délai le plus court fixé par l'article 373, c'est-à-dire six mois à partir du jour où l'assuré a fait le délaissement pour le notifier à son tour au réassureur. Ce système est arbitraire et contradictoire; il repousse, d'un côté, l'article 373 et lui emprunte, d'un autre, l'un des délais qu'il fixe.

M. Pardessus (1), soutient « qu'on pourrait, par analogie des règles sur le recours en matière de lettre de change, décider que le réassuré a, pour agir contre le réassureur, un délai calculé comme si l'évènement était arrivé dans le lieu où il habite, et ce délai commencerait à courir du jour où il a reçu la notification qui a dû lui être faite par l'assuré primitif. »

Mais ce système est contraire à la loi française : c'est celui qui a été adopté par le législateur belge : l'article 205 de la loi belge du 21 août 1879 porte : dans le cas de réassurance, les assureurs doivent dénoncer le délaissement au réassureur dans le délai fixé par l'article 57 de la loi du 20 mai 1872 relative à la lettre de change. Ce délai commence à courir du jour de la notification du délaissement fait par les assurés primitifs.

De son côté, l'article 858 du Code allemand porte qu'en cas de réassurance, le délai du délaissement commence à

1. Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome III. Voir Dalloz, *alphan.*, tome XVIII, n. 2168, v^o *droit maritime*.

l'expiration du jour où l'assuré a averti le réassuré du délaissement.

Ni l'un ni l'autre de ces systèmes ne peuvent être suivis en France, et il faut adopter la solution rigoureuse qui impose au réassuré l'obligation de faire le délaissement dans les délais de l'article 373. Il en résultera que ces délais écoulés, le réassuré ne pourra plus agir en remboursement qu'en vertu d'un règlement par avaries. Comment les choses se passeront-elles en cette hypothèse? Le réassuré vendra ce qui reste de l'objet à lui délaissé, le prix servira à le rembourser partiellement et le réassureur complètera ce remboursement.

Pour agir en remboursement en vertu d'un règlement par avaries, soit par déchéance de l'article 373, soit parce que ce parti s'imposait à lui, l'assuré ayant réglé par avaries, le réassuré jouira du délai de 5 ans fixé par l'article 432.

Quand le réassuré agit contre le réassureur, soit par suite d'un délaissement, soit par suite d'un règlement par avaries, il doit, en principe et sauf convention contraire, déclarer toutes les réassurances qu'il a faites ou fait faire ; en effet, en cas de réassurance antérieure à la sienne, le réassureur poursuivi pourrait demander la nullité ou la réduction de la réassurance qu'il a souscrite.

Voilà la théorie : la pratique simplifie les choses.

La formule des *cédés* de réassurance dispense le réassuré de l'observation de l'article 373. Elle dit : « le réassuré est dispensé de toutes communications, significations,

observations de délais et formalités judiciaires. » Dans tous les cas, que le réassuré agisse en remboursement en vertu d'un délaissement ou en vertu d'un règlement par avaries, il n'est soumis qu'à la prescription de 5 ans de l'article 432.

Recherchons les conséquences de la formule indiquée.

1° Quand il y a eu délaissement, le réassuré n'est pas soumis à l'obligation de se conformer à l'article 373 du Code de commerce. Il a pour intenter son action en remboursement, les délais de l'article 432, c'est-à-dire cinq ans à compter du jour du contrat de réassurance. Le fait d'intenter cette action en remboursement vaut délaissement au profit du réassureur ; en vertu de ce délaissement, celui-ci acquiert tous les droits relatifs à la chose délaissée, notamment le droit au produit des sauvetages et des recours contre les tiers.

Si le réassuré n'agit pas en remboursement dans les délais de l'article 432 ; il est déchu de tout droit contre le réassureur.

Les effets du délaissement subsistent au profit du réassuré ; et c'est lui qui, dans cette hypothèse, a droit au produit des sauvetages et des recours contre les tiers.

2° Si l'assuré a réglé par avaries, le réassuré a encore un délai de cinq ans à dater du jour du contrat de réassurance pour agir en remboursement contre le réassureur. Ce délai passé, le réassuré est déchu de tout droit.

En réglant par avaries contre l'assureur, l'assuré conserve ce qui reste de l'objet assuré ; mais l'assureur est

subrogé légalement à toutes les actions et créances de l'assuré relatives à l'objet assuré.

En agissant en remboursement contre le réassureur, le réassuré lui transmet ces actions et créances, ou plutôt le réassureur est, à son tour, subrogé légalement au réassuré.

C'est lui qui, en vertu de ces actions et créances, a notamment droit au produit des sauvetages et recours contre les tiers.

Sur ce dernier point, la solution est la même, au profit du réassureur, en cas de délaissement et au cas de règlement par avaries.

Ainsi, en cas de délaissement, l'assureur, ayant acquis tous les droits relatifs à la chose délaissée en vertu de l'article 385 du Code de commerce, transmet ces droits au réassureur en agissant en remboursement contre lui en vertu de ce délaissement. La police ayant dispensé le réassuré de toutes significations, celui-ci n'a pas été tenu de notifier le délaissement au réassureur; mais le fait d'agir en remboursement effectue le délaissement; on ne peut admettre, en effet, que le réassuré obtienne un remboursement complet et garde ce qui reste de la chose et les droits relatifs à cette chose; ce résultat serait contraire à la règle que la réassurance n'est qu'un contrat d'indemnité.

En cas de règlement par avaries, l'assureur est subrogé légalement aux droits de l'assuré.

Le réassureur, en remboursant le réassuré, est à son

tour, subrogé légalement aux droits que celui-ci avait acquis.

Ici, encore, un autre résultat ne peut être admis ; on ne peut soutenir qu'après avoir été remboursé par le réassureur de toute l'indemnité qu'il a payée à l'assuré, le réassuré conserve le bénéfice des droits auxquels il a été subrogé légalement : cela serait contraire au principe que la réassurance ne doit procurer aucun bénéfice au réassuré.

Si le réassureur tombait en faillite avant la fin du contrat, l'article 346 s'appliquerait. Si l'assureur, dit cet article, tombe en faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution ou la résiliation du contrat.

Ces deux droits doivent être accordés au réassuré, la réassurance étant un véritable contrat d'assurance.

CHAPITRE V

OBLIGATIONS DU RÉASSURÉ.

1° La principale obligation du réassuré consiste à payer la prime de réassurance ; mais nous avons vu que ce n'est pas la seule, et, quoiqu'en fait, les primes de réassurances soient payées comptant, les autres obligations dont est tenu le réassuré suffisent pour que le contrat de réassurance conserve le caractère de contrat synallagmatique.

Ces autres obligations consistent : 2° à signifier au réassureur l'avis des accidents qui sont parvenus à sa connaissance ; 3° à agir, en cas d'accident, comme si l'indemnité devrait rester définitivement à sa charge et à faire tout ce qu'il peut pour empêcher de naître la créance contre le réassureur ou en diminuer l'importance ; 4° à prouver, après le paiement qu'il a fait à l'assuré, l'existence de son droit au remboursement ; 5° à ne commettre ni réticence, ni fausse déclaration en contractant la réassurance.

Nous allons étudier successivement ces diverses obligations :

1° Obligation de payer la prime de réassurance. Les

parties fixent librement la prime de réassurance; en principe, celle-ci ne varie pas pendant toute la durée du contrat; mais rien n'empêche les parties de stipuler un supplément de prime, une *surprime*, par exemple, si une guerre survient, si le navire assuré traverse certains parages, ou bien une diminution de prime, si la réassurance étant faite en temps de guerre, la paix est conclue alors que la réassurance existe encore. Si les parties n'avaient pas fixé elles-mêmes cette diminution ou cette augmentation de prime, l'article 343 du Code de commerce serait applicable par analogie, c'est-à-dire que les tribunaux auraient compétence pour l'établir.

La prime de l'assurance est due dès que les risques ont commencé à courir; si elle avait été stipulée à tant par certaine période, par semaine, par mois, chaque période commencée serait considérée comme finie en ce qui concerne le droit d'exiger la prime.

Dans cet ordre d'idées, il a été jugé par la Cour de cassation (D. 1865. 1. 135) que lorsqu'une compagnie d'assurances à primes fixes s'est engagée envers les membres d'une société d'assurances mutuelles, à payer, à leur décharge, les cotisations et les frais qui seraient dûs par eux à cette société, la prime stipulée pour toute la durée de l'assurance lui est acquise, alors même qu'avant l'expiration de la police, la dissolution de la société mutuelle, prononcée par délibération de l'assemblée générale, aurait mis fin aux risques assurés; la rupture de l'assurance doit, en ce cas, être considérée comme

imputable à l'assuré dans le sens de l'article 351 du Code de commerce. Et il n'en serait autrement que si la compagnie à primes fixes était une société accessoire à la société mutuelle par le fait de laquelle l'assurance a été rompue, la résolution de l'assurance étant alors réputée émaner de la compagnie à primes elle-même, c'est-à-dire de l'assureur et non pas de l'assuré.

En fait, les primes de réassurances sont payées comptant; mais si la prime n'avait pas été ainsi payée, elle resterait due par le réassuré, alors même que la police, étant à ordre ou au porteur, aurait été cédée à un tiers; car une telle cession transporte au cessionnaire les droits du cédant, mais ne libère pas celui-ci de ses obligations. Il en résulte que, si aucun sinistre ne se produit et que la prime n'ait pas été payée, le réassureur ne peut poursuivre le porteur de la police.

Mais si, un sinistre s'étant réalisé, et l'assureur réassuré ayant indemnisé l'assuré, le tiers porteur agit au remboursement contre le réassureur, celui-ci pourra-t-il opposer au tiers-porteur la dette de la prime en compensation?

L'affirmative est généralement admise; en matière d'assurance, on déroge aux principes ordinairement suivis en ce qui concerne les titres à ordre ou au porteur, et l'assureur, ici le réassureur, peut opposer au porteur de la police les moyens de défense qui ont leur cause dans le contrat lui-même. Une convention formelle pourrait même permettre au réassureur d'opposer en compen-

sation non seulement la prime due pour la réassurance dont se prévaut le tiers porteur, mais pour toutes les primes que pourrait devoir le réassuré.

Si la réassurance avait été conclue par un commissionnaire, celui-ci seul serait débiteur de la prime, soit que le commettant eût été désigné dans la police ou après sa souscription ; car c'est à lui que le réassureur a fait crédit ; c'est l'application des principes généraux auxquels il ne peut être dérogé que par une convention expresse. Mais si le réassuré-commettant agissait en remboursement contre le réassureur, celui-ci pourrait-il lui opposer la dette de la prime en compensation ? En matière d'assurance, la négative a été soutenue : le commissionnaire est, dit-on, débiteur de la prime : le commettant est créancier de l'indemnité ; la compensation n'est pas possible. Mais l'opinion contraire trouve plus de partisans : « le commettant, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), en exerçant une action contre l'assureur en vertu du contrat d'assurance, se soumet aux obligations inhérentes à ce contrat. Il ne peut le diviser pour en accepter les avantages sans en supporter les charges. » Cette solution doit être étendue à la réassurance.

Si la prime n'avait pas été payée, et que le réassuré tombât en faillite, l'article 346 s'appliquerait en notre matière ; le réassureur aurait le droit de demander une caution ou la résiliation du contrat.

1. Lyon-Caen et Renault : *Précis de droit commercial* : tome II, n. 2252 : pages 428 et 429.

Quand il s'agit d'une assurance sur corps, l'article 191 du Code de commerce confère à l'assureur un privilège « pour le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, appareils, et sur armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage ».

Il va de soi qu'il ne peut être question d'un tel privilège pour le réassureur : le réassuré n'est pas propriétaire du navire. Le réassureur créancier du réassuré pour le montant de la prime de réassurance, ce réassuré étant lui-même créancier de l'assuré pour le montant de la prime d'assurance, pourrait seulement se prévaloir de l'article 1166 du Code civil pour intenter contre l'assuré l'action qui appartient à son propre débiteur, le réassuré.

Les mêmes solutions s'appliquent en cas d'assurance et de réassurance sur facultés, si toutefois l'on reconnaît un privilège à l'assureur sur facultés.

2° et 3° Obligation pour le réassuré de signifier au réassureur l'avis des accidents qui sont parvenus à sa connaissance et obligation pour le réassuré d'agir, en cas d'accident, comme si l'indemnité devait rester définitivement à sa charge et de faire tout ce qu'il peut pour empêcher de naître la créance contre le réassureur ou en diminuer l'importance.

L'étude de ces diverses obligations peut être réunie.

C'est l'application de l'article 374 du Code de commerce ainsi conçu : « Dans le cas où le délaissement peut être fait et dans le cas de tous autres accidents aux risques des assureurs, l'assuré est tenu de signifier à l'assureur les

avis qu'il a reçus. La signification doit être faite dans les trois jours de la réception de l'avis. »

C'est aussi la généralisation, admise en cas d'assurance directe, de l'article 381, « en cas de naufrage ou d'échouement avec bris, l'assuré doit, sans préjudice du délaissement à faire en temps et lieu, travailler au recouvrement des effets naufragés ».

L'article 374 doit s'appliquer en matière de réassurance, sauf convention contraire des parties. Cette convention contraire est renfermée dans la formule déjà citée des cédés de réassurance usitée à Paris : « Le réassuré est dispensé de toutes communications, significations, observations de délais et formalités judiciaires. » A défaut d'une telle stipulation, l'article 374 doit être suivi par le réassuré. En effet, le réassureur a intérêt à prendre toutes les mesures qui pourront atténuer le sinistre et si le réassuré manquait à cette obligation, il serait responsable envers le réassureur de tous dommages que celui-ci aurait pu éviter.

Ces diverses obligations trouveront, notamment, leur application en matière d'assurance et de réassurance sur facultés, quand le navire est déclaré innavigable. En cette hypothèse, d'après l'article 390 du Code de commerce, l'assuré sur le chargement est tenu d'en faire la notification dans le délai de trois jours de la réception de la nouvelle. Cette disposition doit, en principe, être suivie entre réassuré et réassureur. Le réassureur a intérêt à faire toutes diligences afin de trouver un bâtiment qui

transporte les marchandises au lieu de destination. Si l'on se procure un autre navire, le délaissement n'est pas possible ; assureur et réassureur courent les risques des marchandises chargées sur cet autre navire jusqu'à leur arrivée à destination. Et, d'après l'article 393, l'assureur sur facultés, étant en ce cas, tenu des frais de déchargement, magasinage, rembarquement, excédant de fret, etc., cet assureur pourra, sauf exclusion formelle par la police de réassurance, réclamer remboursement de toutes ces dépenses à son réassureur.

Ces obligations trouveront encore leur application en cas d'arrêt de puissance. Quand l'arrêt de puissance se produit, l'assuré doit le notifier à l'assureur dans les trois jours de la réception de la nouvelle, et quand les délais fixés par l'article 387 sont expirés, le délaissement est possible. L'assuré doit faire toutes les démarches nécessaires pour obtenir la levée de l'arrêt de puissance. Et quand il y a réassurance, l'assureur-réassuré doit faire les mêmes notifications et les mêmes démarches : la faculté pour l'assureur d'aider l'assuré dans ses démarches devient une obligation pour l'assureur-réassuré.

C'est en vertu de ces obligations que l'assureur doit opposer à l'assuré qui lui réclame une indemnité, tous les moyens d'exception qui sont en son pouvoir, qu'il doit contester, s'il y a lieu, cette demande d'indemnité et ne pas payer l'assuré en fraude des droits du réassureur, qu'il doit invoquer toutes les causes de nullité ou de réduction de l'assurance et, par suite, empêcher la créance

de remboursement de naître contre le réassureur ou du moins la réduire à de justes limites. En un mot, comme nous l'avons dit, l'assuré du contrat de réassurance, le réassuré, ne pouvant subir que des avaries-frais, a l'obligation de réduire le plus possible ces frais qui doivent être supportés par le réassureur.

Et nous verrons que la clause usuelle des polices de réassurance par laquelle le réassureur s'oblige à rembourser le réassuré sur la simple quittance de l'assuré, autorise tous règlements, procès et transactions, etc., ne dispense pas le réassuré de ces obligations : ce serait aller à l'encontre du but de ce pacte et de l'intention des parties qui n'est pas de décharger le réassuré de sa fraude, de sa mauvaise foi, mais seulement de ne lui pas imposer l'obligation de consulter le réassureur sur tous les détails d'exécution du contrat.

4° Obligation pour le réassuré de prouver son droit au remboursement. En principe l'assureur-réassuré doit prouver l'existence de son droit au remboursement qu'il réclame. Pour lui, comme pour l'assuré direct, la règle est qu'il doit démontrer la mise en risques du navire ou des marchandises, la perte ou les avaries qu'ils ont subies. C'est le sinistre survenu qui a fait naître la dette de l'assureur, c'est ce sinistre prouvé qui fait naître la créance en remboursement du réassuré contre le réassureur. En principe, il ne suffit pas que l'assureur démontre qu'il a payé l'assuré ; il faut qu'il prouve qu'il l'a payé valablement, en vertu d'une assurance et à la

suite d'un sinistre réel. C'était la solution donnée sous l'empire de l'ordonnance, par Pothier (1), et par Emerigon (2) ; c'est sans aucun doute, celle qu'il faut adopter aujourd'hui. Elle a été consacrée par plusieurs tribunaux ; notamment, le tribun. de com. du Hâvre, le 25 mai 1880 (3) et la Cour de Rouen, le 4 juillet 1881 (4), ont jugé que le réassureur a le droit de rechercher comment s'est opéré le règlement de l'indemnité entre l'assuré et l'assureur, car c'est ce règlement qui donne, en principe, la mesure des droits du réassuré contre le réassureur.

Ces tribunaux ont fait une juste application de la règle ; mais, généralement, la convention des parties apporte une grave modification à celle-ci ; presque toutes les polices de réassurance portent que le réassuré ne sera pas assujetti à autre chose qu'à produire la quittance du paiement de la perte, « le réassureur, disent les polices, s'oblige à rembourser son prorata dans toutes les pertes, avaries et ristournes sur la simple production des quittances des premiers assurés ». Autrefois, la question s'était déjà posée de savoir si une telle convention est licite.

Emerigon (5) la résolvait en ces termes : « Ce pacte est légitime. Il constitue l'assureur qui s'est fait réassu-

1. Pothier : *Traité des contrats d'assurance*, n. 153.

2. Emerigon : *opus citat.*, chapitre XVIII, section IX.

3. *Journal du Hâvre*, 1880, 1. 203.

4. *Journal du Hâvre*, 1881, 2. 168.

5. Emerigon : *opus citat.*, chapitre XI, section IX.

rer procureur *in rem suam* et lui défère la pleine liberté de défendre ses droits vis-à-vis de l'assuré primitif et d'agir à l'égard de celui-ci suivant sa prudence : si, le premier assureur, trouvant juste la demande de l'assuré primitif, lui paye la perte, dès lors, sur l'exhibition de la quittance, le réassureur doit payer la somme réassurée sans être recevable à opposer aucune exception, attendu le pouvoir libre qu'il avait déferé au réassuré. Il suffit que celui-ci ait agi de bonne foi. Ce paiement fait de bonne foi forme le titre du réassuré et remplit le pacte stipulé dans la réassurance. » Ne se dissimulant pas les dangers que le pacte ainsi entendu offre pour le réassureur, Emerigon ajoutait : « On voit combien il est dangereux de souscrire des réassurances. On risque de devenir la victime de la trop grande facilité du réassuré qui, négligeant tout examen et toute discussion, paie quelquefois des pertes qu'il aurait pu légitimement contester. » De nos jours, la question s'est reproduite ; elle a trouvé les solutions les plus diverses, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. Une première opinion prononce la nullité de la clause qui permet au réassuré de se faire payer sur la simple exhibition de la quittance de l'assuré direct. Cette nullité, dit-on, n'est que l'application des articles 6 et 1133 du Code civil ; car une telle clause peut produire les plus graves abus ; elle est, dès lors, contraire à l'ordre public et nulle. Si le réassureur n'est admis à faire aucune vérification, il peut être obligé de rembourser le réassuré, alors qu'en réalité, il n'y a pas

eu de risques, qu'il n'y a pas eu de sinistre, ou que le paiement fait par l'assureur l'a été par dol ou par fraude. Aucun pacte ne peut légitimer de tels résultats et ne peut interdire toutes les justifications nécessaires au réassureur. C'est par application de cette doctrine que le tribunal de commerce du Havre (1) a décidé le 29 décembre 1860 que, si le réassureur veut opposer à la demande en remboursement qui lui est faite, une exception fondée sur la non-existence du risque, la clause dont il s'agit est nulle, et que, malgré cette stipulation, le réassureur peut exiger toutes les preuves du droit au remboursement qui lui est demandé. En ce sens encore, la Cour de Rouen a décidé avec raison, le 17 mars 1861 (2), que, bien que la clause dont il s'agit soit insérée dans une police de réassurance, le réassureur peut exiger du réassuré communication de toutes pièces prouvant la nature et la légalité du risque, et que, dès lors, s'il résulte de la police d'assurance que celle-ci avait pour objet des sommes empruntées à la grosse, cette assurance étant nulle en vertu de l'article 347 du Code de commerce ; le réassuré ne peut exiger son paiement du réassureur sur le vu de la seule quittance de l'assuré.

Il faut admettre, avec un second système, la validité du pacte que nous étudions, mais en ce sens qu'il a pour effet de renverser le fardeau de la preuve ; d'après les

1. *Journal du Havre*, 1861, 1, 5.

2. *Journal du Havre*, 1862, 2, 145.

principes, le réassuré doit prouver tous ses droits au remboursement ; mise en risques, réalité du sinistre.

Le pacte qui impose au réassureur l'obligation de payer sur la simple exhibition de la quittance de l'assuré ne peut pas aller jusqu'à permettre l'exécution de purs contrats de gageure, mais il impose au réassureur l'obligation de prouver que le contrat avait ce caractère et que le remboursement qui lui est réclamé n'a pas de cause licite. C'est la solution qui est admise pour le contrat d'assurance ; on reconnaît la validité de la clause par laquelle l'assuré s'est déchargé de la preuve de son droit au paiement de l'indemnité ; mais l'assureur peut faire la preuve contraire et la clause qui aurait pour but d'exclure cette preuve contraire serait nulle comme contraire à l'ordre public. Ces solutions doivent être étendues au contrat de réassurance. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Rouen, le 17 mars 1861 (1). Il résulte de son arrêt que la clause qui oblige le réassureur à rembourser le réassuré sur l'exhibition de la quittance de l'assuré est valable et a pour effet de créer une présomption en faveur de la validité de la réassurance ; mais que cette présomption peut être détruite par le réassureur, soit en prouvant qu'il y a eu fraude et dol de l'assureur et de l'assuré, soit que l'assurance est entachée d'une nullité prononcée par une disposition expresse de la loi.

1. *Journal du Havre*, 1862, 2. 145.

Le pacte est donc valable ; mais souvent, on en a singulièrement exagéré la portée. On a voulu donner à la clause citée une validité et un effet absolus et le tribunal de commerce du Hâvre est allé jusqu'à décider, le 14 novembre 1863 (1), qu'en vertu de cette stipulation, le réassureur ne peut opposer au réassuré l'exception tirée de ce que l'assurance n'avait pas d'aliment légitime et ne constituait qu'un pari sur la bonne arrivée du navire et que la nullité de l'assurance ne peut réagir sur le contrat de réassurance.

Cette solution est évidemment fausse ; si l'assurance est annulée pour défaut de risques et ne constitue qu'une gageure, elle ne peut être l'objet d'un contrat de réassurance ; par suite, la réassurance elle-même étant nulle, ne peut donner naissance à aucune action et le réassureur est en droit d'invoquer cette nullité pour repousser la demande du réassuré.

On a aussi repris la doctrine d'Emerigon ; on a dit : cette clause constitue le réassuré mandataire, procureur *in rem suam* et lui « défère un pouvoir libre ». C'est aller trop loin. Ce pacte ne constitue pas un mandat sans limites donné par le réassureur au réassuré et obligeant toujours le réassureur sans discussion, sans contestation possible. Ce n'est pas, comme l'a prétendu M. de Courcy, parce que ce pacte est irrévocable et que le mandat est essentiellement révocable au gré du mandant. Si le pacte

1. *Journal du Hâvre*, 1863, t. 303.

contient un mandat, ce mandat n'est que la clause accessoire d'un contrat irrévocable, dès lors irrévocable comme ce contrat lui-même : c'est une sorte de mandat statutaire. Mais entre réassuré et réassureur, il ne peut être question de mandat. Quand l'assureur se trouve vis-à-vis de l'assuré, il exerce des droits personnels ; or, le réassureur ne peut donner à l'assureur mandat d'exercer des droits personnels à cet assureur.

Outre l'effet que nous avons indiqué, ce pacte n'a qu'un but : c'est « de laisser à l'assureur réassuré une pleine indépendance pour l'exercice normal de sa profession, pour le règlement journalier de toutes les affaires courantes qui ne présentent pas de circonstances d'une gravité exceptionnelle ; il serait intolérable d'avoir à déranger, à consulter à chaque instant le réassureur et les parties ne l'ont pas voulu » (de Courcy) (1). Ainsi, il est légitime d'admettre, ainsi que l'a jugé le tribunal de commerce de Nantes, le 30 août 1865 (2), que le pacte que nous étudions, dispense le réassuré de communiquer au réassureur et de faire accepter par lui le changement de nom et de pavillon du navire porteur des facultés assurées, car, le risque n'est pas changé, le navire restant le même, alors surtout qu'il a quitté le pavillon d'une nation belligérante pour prendre celui d'une nation neutre.

Mais aller au delà de ce but c'est dénaturer le pacte, spécialement au point de vue du droit au remboursement,

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, p. 275.

2. *Journal du Havre*, 1865, 2. 144.

prétendre qu'il ne permet pas au réassureur de prouver la non existence du droit du réassuré au remboursement c'est lui donner une portée qu'on ne peut admettre.

Examinons quelques autres conséquences de notre doctrine.

Tout d'abord, il va de soi, ainsi que l'a jugé la Cour de Paris, le 26 juillet 1877 (1), que le réassureur a toujours le droit de se faire délivrer tout au moins la copie certifiée de la quittance du sinistre afin que sa quote-part d'indemnité soit réglée en conséquence.

Nous avons déjà reconnu au réassureur le droit de rechercher comment le règlement s'est fait entre l'assuré et le réassuré et de vérifier ce règlement.

Et quand un assureur avait des co-assureurs il doit présenter la dispache en suite de laquelle il a réglé le sinistre. Car, si la quittance seule prouve un paiement, elle ne prouve pas un paiement valable et le réassureur ne peut être tenu envers le réassuré que par suite d'un paiement valablement fait par ce dernier.

Il faut, dès lors, reconnaître au réassureur le droit de refuser le remboursement si le voyage qui a été réellement fait est autre que le voyage réassuré. Le tribunal de commerce du Havre a jugé, dans cette hypothèse, le premier mai 1866 (2), que non seulement le réassureur a le droit de ne rien payer au réassuré, mais de plus, celui

1. Voir : Arth. Desjardins : *op. citat.*, tome VI, n. 1371, page 242.

2. *Journal du Havre*, 1866. 1. 64.

d'exercer contre le réassuré la répétition de ce qu'il lui a indûment payé ; car, nous l'avons dit, à ce point de vue, le contrat de réassurance n'est qu'un contrat de droit strict ; le réassureur n'est tenu qu'en suite du voyage défini, des risques précisés dans la police. Et quand le voyage a été changé, que les risques ont été modifiés, le réassureur n'est plus tenu, et, d'après le même jugement, s'il a payé sur la production des quittances indiquant non seulement le voyage réassuré, mais le voyage différent qui a été réellement fait, son droit de répétition contre le réassuré n'en subsiste pas moins. Il n'en serait plus de même si le réassureur avait adhéré aux avenants modificatifs du voyage assuré, mais cette adhésion doit être expresse et le réassuré n'est pas dispensé de l'obtenir par la clause usuelle des polices portant que le réassureur accepte tous avenants souscrits et à souscrire ; car, il est reconnu que par les avenants à souscrire, acceptés d'avance par le réassureur, on n'entend que ceux qui sont seulement régulateurs du risque et non ceux qui substituent un risque nouveau à un autre risque.

Si la réassurance n'est pas totale, si, par exemple, l'assureur n'a fait réassurer que les risques d'abordage, le réassureur est en droit de vérifier si le paiement fait par l'assureur est bien né d'un risque d'abordage : la simple production de la quittance ne suffit pas.

Le pacte ne peut non plus décharger le réassuré de sa fraude, de sa mauvaise foi. Emerigon disait déjà que le paiement fait de bonne foi forme le titre du réassuré. On

ne peut même aller jusqu'à dire que la clause qui n'astreint le réassuré qu'à la production de la quittance de l'assuré a pour effet de mettre à la charge du réassureur les erreurs du réassuré. Et c'est à tort que le 20 mars 1874 le tribunal de commerce de Bordeaux a rendu le jugement suivant : « Attendu que la Compagnie l'*Universelle* s'est obligée à se mettre aux lieu et place de la *Garonne*, que ces conventions imposent à l'*Universelle* le remboursement de la somme de 4.000 francs sur la production des quittances, sans qu'elle puisse être autorisée à exiger aucune autre justification et sans qu'elle pût même se prévaloir, le cas échéant, d'une erreur faite par la *Garonne* dans l'appréciation des obligations envers les assurés (1). »

Si l'assureur paie l'assuré sans examen, sans discussion, s'il ne relève pas, ne conteste pas les erreurs commises dans les réclamations de l'assuré, il est coupable de négligence et manque à la bonne foi qu'il doit apporter dans l'exécution du contrat de réassurance. Or, la bonne foi seule crée un titre au réassuré. En outre du cas que nous venons de citer, la bonne foi fera défaut dans de nombreuses hypothèses que signale M. de Courcy (2), et dans lesquelles le réassureur ne sera pas tenu de rembourser sur la simple production de la quit-

1. Voir : de Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, pages 270-271.

2. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, pages 272 et suiv.

tance. Ainsi, le réassuré sera de mauvaise foi quand il soutiendra d'injustes et téméraires procès, à l'insu du réassureur ou contre le gré de celui-ci, par obstination ou pour être agréable à un avocat parent ou ami. Il sera de mauvaise foi quand il entreprendra un sauvetage qu'on sait d'avance inutile, pour favoriser des entreprises de sauvetage (voir : *Revue internationale du droit maritime*, année 1886-87, page 43).

Outre que le pacte que nous étudions n'a pas les effets étendus qu'on a tenté de lui attribuer, la plupart des conséquences que nous en avons déduit se rattachent aussi à l'obligation que nous avons précédemment examinée, à l'obligation qui impose au réassuré de réduire le plus possible la créance qu'il a contre le réassureur.

5^o Obligation de déclarer au réassureur tous les faits qui peuvent lui faire apprécier les risques qui lui sont transmis par la réassurance.

Nous venons de voir que la bonne foi la plus parfaite doit exister dans l'exécution du contrat de réassurance ; elle doit exister aussi lors de la conclusion de ce contrat.

Le réassureur ne connaît pas les risques qu'il prend à sa charge ; le réassuré instruit par l'assuré, par la police, doit, à son tour, bien renseigner le réassureur. Son obligation sur ce point est, comme celle de l'assuré, sanctionnée par l'article 348 du Code de commerce, c'est-à-dire que toute réticence, toute fausse déclaration de la part du réassuré, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet annulent la réassurance.

Il y a fausse déclaration lorsque le réassuré affirme un fait contraire à la réalité; il y a réticence lorsqu'il garde le silence sur un fait important à connaître pour le réassureur. Ce sont là, en matière de réassurance, des causes qui vicient le consentement du réassureur et qui annulent le contrat lorsqu'ils diminuent l'opinion du risque ou en changent le sujet, c'est-à-dire lorsqu'en réalité, les risques sont plus graves que ceux que le réassureur croyait garantir ou lorsque l'assurance par lui couverte est autre que celle qu'il croyait couvrir.

En matière de réassurance, comme pour le contrat d'assurance, la loi déroge au droit commun; en vertu de l'article 348 du Code de commerce, la nullité de la réassurance sera prononcée, non pas si le dol du réassuré a déterminé le réassureur à contracter, mais seulement s'il a modifié les conditions du contrat, et cet effet est produit par la seule réticence du réassuré et sans que celui-ci se soit rendu coupable de manœuvres dolosives. Cependant la Cour de cassation (Daloz, 1870, 1, 200) semble faire à la réassurance application de l'article 1116 du Code civil.

Il faut aller plus loin; il faut admettre que, même lorsque le réassuré est de bonne foi, lorsque c'est par erreur qu'il a fait la fausse déclaration ou commis la réticence, la nullité du contrat doit être prononcée. Car le réassureur n'en a pas moins été trompé sur les risques qu'il prenait à sa charge; or, une telle erreur portant sur la substance même du contrat, est une cause de nul-

lité de celui-ci, en vertu même du droit commun (art. 1110 du Code civil).

Dans ces hypothèses, la réassurance sera nulle, encore que le fait qui n'a pas été déclaré ou qui l'a été faussement, n'ait pas influé sur les risques ; car le réassureur peut prétendre que s'il n'y avait pas eu réticence ou fausse déclaration, il n'aurait pas souscrit la réassurance.

Bien que la question de savoir s'il y a eu réticence ou fausse déclaration, soit une question de fait et d'appréciation, il n'en est pas moins intéressant de rechercher les principes que la doctrine a posés et les applications que la jurisprudence en a faites.

Il est généralement admis par les auteurs que l'assureur qui se fait réassurer doit déclarer au réassureur qu'il conclut un contrat de réassurance. M. Em. Cauvet (1) ajoute qu'il ne lui suffirait pas de dire qu'il assure les facultés ou le navire à l'égard desquels il s'est déjà porté assureur et il cite plusieurs décisions par lesquelles le tribunal de Marseille a annulé des réassurances dans lesquelles il n'était question que des objets compris dans l'assurance primitive.

Après avoir indiqué qu'il s'agit de réassurance, le réassuré doit déclarer les motifs qui l'ont déterminé à se faire réassurer. « Quand un souci particulier, quel qu'il soit, est le motif déterminant qui fait rechercher une réassurance, la probité commande la déclaration de ce souci, par exem-

1. Emile Cauvet : *Traité des assurances maritimes* ; tome I, n. 295, page 337.

ple, si c'est une information défavorable sur l'état du port fermé par les glaces, ou sur le capitaine, ou sur l'équipage décimé ou démoralisé par une épidémie. « En outre de ces motifs que cite M. de Courcy (1), on peut supposer que l'assureur se fait réassurer parce que des bruits sur la perte du navire assuré sont parvenus à sa connaissance. Et il a été jugé par la Cour d'Aix, le 8 octobre 1813, que dans une telle hypothèse, lorsque le réassuré ne déclare pas au réassureur les bruits même vagues qui couraient sur la perte du navire assuré à l'époque du contrat, il commet une réticence qui doit faire annuler celui-ci (voir : Dalloz : *Code de commerce annoté* : art. 348, n° 29). Dans le même ordre d'idées, M. de Courcy écrit encore (2) : « Il arrive parfois que l'assureur ait des motifs particuliers de restreindre son plein, à raison de l'âge du navire, de la saison ou d'autres circonstances. Pourvu qu'il ne dissimule rien de ces motifs particuliers et qu'il déclare le chiffre de l'intérêt restreint qu'il conserve, ce sera à l'abri de toute critique; des réassureurs ont le droit d'être plus hardis que lui, ou de stipuler une prime plus élevée. »

Cet auteur apporte quelques restrictions à la règle qu'il pose. Il admet que l'on peut être moins sévère pour les assureurs qui ont l'habitude de se faire réassurer. Et que, lorsque l'assureur déclare ne rien conserver sur le ris-

1. De Courcy : *Question de droit maritime* : 1^{re} série, pages 307 et 308.

2. De Courcy : *opus citat.* : 4^{me} série, page 277.

que, il est dispensé de préciser les motifs de son inquiétude jusqu'à ce qu'on les lui demande; le réassureur est amplement averti, par cette déclaration, que des causes de souci existent.

M. Laurin combat la doctrine qui exige toujours l'indication des motifs (1). « Elle est trop absolue, écrit-il; la réassurance peut être déterminée par une spéculation sur le taux de la prime: ce fait n'est pas intéressant à connaître pour le réassureur, et la connaissance qu'il en aurait eue ne peut modifier son opinion sur le risque. Il ne peut donc y avoir réticence que tout autant que la réassurance aura une raison d'être suspecte telle que l'appréhension du risque; mais c'est là un cas tout spécial qui ne doit pas se présumer. »

Après la déclaration qu'il s'agit d'un contrat de réassurance et l'indication des motifs qui ont déterminé sa conclusion, le réassuré doit bien éclairer le réassureur sur la nature et l'étendue des risques qu'il lui transmet.

L'article 1143 du projet de Code civil pour l'état de New-York portait: lorsque l'assureur fait une réassurance, il doit communiquer toutes les déclarations de l'assuré originaire et aussi tous les renseignements et toutes les informations qu'il possède et qui sont essentiels au risque, qu'il les ait eus avant ou après le premier contrat.

La police allemande de Brême, après avoir dit que la réassurance doit être indiquée comme elle, ajoute: il

1. Cresp et Laurin: *Cours de droit maritime*: note 148, page 439, tome III.

faut indiquer le temps et lieu de l'assurance originaire et toutes les circonstances qui ont pu influencer sur l'opinion du risque ; en cas d'omission, l'assureur par rapport à la réassurance ne doit aucune indemnité, tout en ayant le droit de garder la prime.

M. Cresp (1) pose aussi, en principe, que le réassuré doit faire connaître au réassureur la date de l'assurance primitive, « parce que, dit-il, l'espace écoulé depuis peut être un grave motif d'inquiétude ; c'est le retard dans l'arrivée du navire qui a déterminé le premier assureur à se faire réassurer ; cela a été jugé par la Cour d'Aix, le 17 juillet 1829. »

Toute réticence, toute fausse déclaration n'entraîne pas la nullité de la réassurance ; ici, l'appréciation de fait domine : les tribunaux ont un pouvoir souverain dans cette appréciation ; ils ont eu à résoudre d'importants litiges sur ces points.

1° Le fait par un assureur de se réassurer en totalité, sans déclarer qu'il ne conserve aucuns risques pour lui est une réticence qui doit entraîner la nullité du contrat. C'est l'avis de M. de Courcy (2), « lorsque l'assureur se désintéresse entièrement du risque et en fait réassurer la totalité, j'estime que la loyauté commanderait de le déclarer, avec indication des motifs qui portent l'assureur à se décharger, à se débarrasser d'un risque qui l'inquiète. »

1. Cresp et Laurin : *Opus. citat.* Tome III, page 439.

2. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, pages 277 et 278.

Ce n'est pas la pratique anglaise. « En Angleterre, écrit le même auteur, il se traite un grand nombre de réassurances sans aucune déclaration d'un intérêt conservé ou non conservé. On pense que c'est aux réassureurs qui consentent à traiter l'affaire qu'il appartient d'être curieux ou prudents, d'interroger l'assureur sur ses motifs et d'exiger, s'ils le jugent à propos, la conservation d'un intérêt. » Au reste, M. de Courcy (1) reconnaît que lors même que l'assuré conserve un intérêt dans le risque, le réassureur peut encore être trompé. « Souvent, dit-il, le réassuré déclare conserver une somme réduite et l'on pourrait croire au premier abord qu'une telle déclaration serait elle-même insuffisante, la somme conservée étant la mesure de la confiance du réassuré. Mais le réassureur s'exposerait à d'étranges illusions. Un assureur qui aurait un intérêt de 100.000 francs et qui concevrait de très graves inquiétudes s'en affranchirait pour moitié en déclarant conserver moitié du risque alors qu'en réalité il n'aurait aucune confiance et il tendrait ainsi un piège. Il n'y a que la déclaration qu'il ne s'engage à rien conserver qui soit vraiment un avertissement et ne cache pas un piège. »

Cette doctrine que le réassuré doit déclarer au réassureur qu'il ne conserve aucun risque et que la réticence du réassuré sur ce fait est, par elle seule, une cause de nullité du contrat, a été repoussée par certains tribunaux.

1. De Courcy. *Questions de droit maritime*, 1^{re} série, pages 309 et 310.

Ainsi, il a été jugé que le défaut d'indication dans une police de réassurance, de la part du réassuré, sans dol et sans fraude, d'une réassurance antérieure faite par lui de la portion de la somme assurée non comprise dans la présente police, ne constitue pas une réticence comme n'ayant pu ni diminuer l'opinion du risque, ni en changer le sujet. Bien que par ces deux contrats de réassurance partielle, déchargeant dans leur ensemble le réassuré de tous risques, celui-ci ne soit plus réduit qu'au rôle d'un simple courtier désintéressé de tout risque et de tout aléa en cas de sinistre, la nullité du deuxième contrat de réassurance ne peut être prononcée parce que, d'une part, l'article 342 n'empêche pas de se faire réassurer pour le tout, et que, d'autre part, l'article 348 n'édicte la nullité du contrat que si la réticence a diminué l'opinion du risque ou en a changé le sujet ; or, ces effets, dit-on, ne sont pas produits par une réassurance totale (Trib. de Com. du Havre: le 12 août 1865. *Journ. du Havre*, 1865, 1, 185). D'après ces tribunaux, la réticence du réassuré sur le point que nous examinons n'entraîne la nullité du contrat que lorsqu'elle est dolosive ou frauduleuse. Il nous semble préférable de poser en principe, que le fait de se réassurer en totalité indique une plus grande méfiance, une plus grande circonspection de la part de l'assureur ; qu'il implique que le risque l'inquiète et que cette circonstance non déclarée est, indépendamment de tout dol et de toute fraude, une réticence qui doit faire annuler le contrat, alors surtout qu'il est dans les habitudes de cet

assureur de ne conclure des réassurances que pour l'ex-cédant de son plein.

2^o La réticence ou la fausse déclaration ne rendent la réassurance nulle que lorsqu'elles ont diminué l'opinion du risque. Or, l'opinion sur le risque ne peut être diminuée que par des raisons se rattachant directement au risque lui-même. Quand le réassureur invoque, comme cause de nullité, une réticence portant sur des circonstances qui n'ont pu influencer sur l'opinion qu'il s'est faite du risque, sa demande doit être rejetée. Ainsi la personnalité des agents qui proposent la réassurance n'influe pas sur l'opinion du risque. Ainsi encore, le réassureur ne pourrait agir en nullité en se fondant sur ce que le directeur de la compagnie réassurée lui avait dissimulé les embarras de sa gestion et même les malversations qui ont amené la ruine de la compagnie ; car ces faits ne sont pas de nature à changer le risque.

Mais nous pensons qu'il y aurait réticence de nature à entraîner la nullité du contrat dans le fait de n'avoir pas déclaré des sinistres, même antérieurs à la réassurance, ces sinistres pouvant modifier l'opinion du réassureur sur les risques présents.

Et aussi, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 10 mars 1866 (*Journ. du Havre*, 1866, 2, 88) qu'il y a réticence devant faire prononcer la nullité du contrat dans le fait de n'avoir pas indiqué au réassureur que l'assurance primitive portait sur un voyage autre que celui sur lequel portait la réassurance et dans lequel le navire a péri.

Il faut approuver encore un jugement du trib. de com. de la Seine (*Journ. du Havre*, 1863. 2, 149) décidant que doit être annulée pour cause de réticence et de dissimulation de l'étendue des risques, la réassurance dans laquelle on n'a pas fait connaître que le navire était assujetti à un itinéraire déterminé qui augmentait les risques de la navigation ordinaire.

En vertu du même principe, il faut admettre qu'en cas de réassurance sur facultés, le réassuré doit déclarer au réassureur que l'assurance porte sur des marchandises spécialement sujettes à détérioration; et qu'en l'absence d'une clause de la police dispensant formellement l'assureur de toute communication et déclaration à cet égard, le réassuré qui ne ferait pas une telle déclaration commettrait une réticence entraînant la nullité du contrat.

L'obligation que l'article 348 impose au réassuré n'existe que pour les faits qui se sont produits au moment du contrat de réassurance. Le réassureur n'est pas tenu, sauf convention contraire, de porter à la connaissance du réassureur les faits postérieurs au contrat. Une telle obligation ne se concevrait pas, surtout si l'on admet que l'assuré ne doit pas renseigner l'assureur sur les faits postérieurs au contrat d'assurance. Cependant l'opinion contraire a été soutenue et il ressort d'un jugement du tribunal de com. du Havre, rendu le 21 novembre 1863 (*Journ. du Havre*, 1864, 1, 5), que le réassuré doit transmettre sans retard au réassureur toutes les communications qu'il reçoit, relatives aux risques réassurés.

Si la réassurance a été conclue par un commissionnaire, elle sera nulle, que la réticence ait été le fait du commissionnaire bien informé par le réassuré, ou le fait du commettant qui a mal renseigné le commissionnaire.

La nullité sera donc prononcée en vertu de l'article 348 quand la réassurance sera entachée de réticence ou de fausse déclaration ayant diminué chez le réassureur l'opinion du risque ou en ayant changé le sujet.

Cette nullité soulève plusieurs questions.

Quand il s'agit d'assurance, l'opinion générale est que l'assuré ne peut, pour faire échouer la nullité, offrir un supplément de prime lorsque sa réticence ou sa fausse déclaration ont seulement diminué l'opinion du risque chez l'assureur, celui-ci étant toujours en droit de dire qu'il n'aurait pas souscrit l'assurance, fût-ce moyennant une prime plus élevée, s'il avait réellement connu l'étendue des risques qu'il prenait à sa charge. Le même raisonnement et la même solution trouvent leur application en matière de réassurance.

Mais qui peut agir en nullité de la réassurance ? Est-ce le réassureur seul ? ou le réassuré a-t-il le même droit ? La solution varie selon la cause de la nullité. Le réassureur a seul le droit de l'invoquer s'il a été trompé par le dol du réassuré ou s'il a été induit en erreur sur une qualité substantielle de l'objet du contrat. Mais si son erreur a porté sur l'identité même de l'assurance formant l'objet de la réassurance, les deux parties peuvent agir en nullité, le concours de leurs volontés ne s'étant

pas produit sur le même objet, et, par suite, le contrat est inexistant. Sur ce dernier point, la solution resterait la même, bien que le défaut de concours des volontés eût été empêché par une fraude du réassuré, cette fraude ne changeant rien à l'inexistence du contrat, mais pouvant donner droit à des dommages-intérêts au profit du réassureur.

Lorsque la nullité du contrat a été prononcée, le réassureur conserve-t-il le droit à la prime de réassurance ? En ce qui concerne le contrat d'assurance, le code italien de 1882 (art. 429) autorise l'assureur à garder la prime lorsqu'il y a eu fraude de l'assuré.

Le Code allemand (art. 815) lui donne même ce droit, qu'il y ait eu ou non fraude de l'assuré. Et, en matière de réassurance, la police allemande de Brême porte que l'assureur par rapport à la réassurance ne doit aucune indemnité, tout en ayant le droit de garder la prime.

En France, aucune de ces solutions ne peut être adoptée ; si le contrat est annulé, il ne peut produire aucun effet, pas plus le droit à la prime au profit du réassureur que le droit au remboursement au profit du réassuré. Mais il faut admettre que si la fraude du réassuré a causé un préjudice au réassureur, réparation lui en est due conformément au droit commun (art. 1149 et s., du Code civil).

Pour triompher dans son action en nullité, le réassureur doit prouver soit l'existence du fait qu'on lui a caché, soit l'inexistence du fait qu'on lui a déclaré à tort, et

dans l'un et l'autre cas, l'influence que cette réticence ou cette fausse déclaration ont eue sur l'opinion qu'il s'est faite du risque.

Le réassureur serait débouté de sa demande si le réassuré prouvait qu'il avait eu, en réalité, connaissance du fait non déclaré ou faussement déclaré.

La fausse déclaration frauduleusement commise par le réassuré pourrait entraîner contre ce dernier des conséquences spéciales ; elle pourrait donner lieu, suivant les cas, à l'application de l'article 405 du Code pénal, s'il y avait eu escroquerie, ou à l'application de l'article 162 du même code, s'il avait été fait usage de pièces fausses.

Bien qu'en général le réassureur seul ait besoin d'être renseigné, il peut se faire, cependant, qu'il commette une réticence ou une fausse déclaration préjudiciable au réassuré. En cette hypothèse, le réassuré pourrait demander la nullité du contrat, mais conformément au droit commun, et non plus en vertu de l'article 348 qui ne protège que le réassureur.

CHAPITRE VI

DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE RÉASSURANCE.

L'article 432 du Code de commerce porte : « Toute action dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, est prescrite après cinq ans à compter de la date du contrat. »

La réassurance étant un contrat d'assurance, la prescription de l'article 432 lui est certainement applicable.

Comme lorsqu'il s'agit d'assurance, cette prescription de cinq ans est opposable à toute action qui dérive du contrat de réassurance.

Elle peut être invoquée contre l'action en remboursement du réassuré contre le réassureur, que ce remboursement soit demandé à la suite d'un règlement par avaries ou d'un délaissement, d'après la pratique française qui, en cas de réassurance, dispense le réassuré de la prescription spéciale de l'action en délaissement (Voir arrêt de la Cour d'Aix du 14 janvier 1889. *Revue Intern. du droit maritime*, année 1888-1889, page 536).

Elle peut être invoquée contre l'action en paiement de la prime que le réassureur intente contre le réassuré.

On admet que l'article 432 court contre les mineurs et les interdits, bien que cela ne résulte pas formellement de l'article 2278 du Code civil; mais la doctrine et la jurisprudence étendent cet article aux courtes prescriptions, surtout en matière commerciale. Notamment, en ce qui concerne les mineurs, « il serait intolérable, dit M. de Courcy (1), que des Compagnies d'assurances ne pussent pas rendre leurs comptes, que des liquidateurs ne pussent pas clore leur liquidation, en attendant les éventualités de réclamations de mineurs. Le délai de cinq ans pourrait être en réalité un délai de 26 ans. »

La prescription de 5 ans court aussi contre les commissionnaires. L'article 432 est général et s'applique à toute action qui dérive du contrat de réassurance; il n'y a pas de motif juridique pour priver de son bénéfice le commissionnaire qui a réassuré, quand, cinq ans s'étant écoulés depuis le contrat, il a dû se considérer comme libéré de toutes les conséquences de celui-ci (en matière d'assurance : Sirey, 1841, 2, 524).

La prescription de cinq ans peut se trouver écartée par application de l'article 434 du Code de commerce ainsi conçu : « La prescription ne peut avoir lieu, s'il y a cédula, obligation, arrêté de compte ou interpellation judiciaire ».

Le serment pourrait-il être déféré à celui qui oppose la prescription de l'article 432 ?

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, page 306.

Pour soutenir l'affirmative, on argumente de divers textes des lois civiles et commerciales. On invoque, notamment, l'article 1358 du Code civil dont la généralité paraît favorable à cette doctrine « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit ».

On s'appuie sur l'article 2275 du Code civil relatif à quelques prescriptions particulières, « néanmoins ceux auxquels ces prescriptions seront opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent sur la question de savoir si la chose a été réellement payée ».

On invoque, par analogie, l'article 189 du Code de commerce : « Toutes actions relatives aux lettres de change, et à ceux des billets à ordre, souscrits par des négociants, marchands ou banquiers ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé. Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer sous serment, qu'ils ne sont plus redevables ».

On se fonde, en outre, sur l'autorité de Valin (1) qui admettait autrefois qu'on pouvait déférer le serment et que le refus de le prêter impliquait l'obligation du débiteur.

Cependant il faut rejeter cette doctrine ; quand la loi

1. Valin : *Comment. sur l'ordon. de 1681 . titre XII, des prescriptions et fins de non-recevoir*, art. 10.

autorise la délation du serment, elle le dit formellement, comme dans les textes invoqués (art. 2275 du Code civil et 189 du Code de com.).

Au contraire, l'article 432 ne contient aucune mention sur ce point. « Aucune preuve, dit la Cour de cassation, ne peut être admise contre la prescription, quand cette preuve n'a pas été réservée » (1). L'argument fondamental sur lequel repose la négative, c'est que la prescription de l'article 432, courant du jour du contrat, ne repose pas sur une présomption de paiement; en dérogeant au droit commun dans cet article 432, la loi a voulu limiter par un délai de cinq ans tous les effets du contrat d'assurance, et, par suite, du contrat de réassurance.

Une clause de la police de réassurance pourrait-elle réduire à un délai moindre que celui de l'article 432, la prescription des actions nées du contrat de réassurance?

En matière d'assurance, la Cour de cassation a décidé, le 16 janvier 1865, qu'est licite la clause d'une police d'assurances portant que toute action de la part de l'assuré, en paiement de dommages par lui soufferts, sera prescrite par un certain délai à compter du sinistre (2). Cette clause, dit la Cour, ne blesse en rien l'ordre public; elle est parfaitement licite; car l'article 2220 du Code civil, portant « on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription », ne tend qu'à interdire les actions perpétuelles et ce n'est pas aller contre son esprit que de renfermer

1. Dalloz : 1856. 1. 77.

2. Sirey, 1865, 1. 80.

l'exercice de certaines actions dans des délais plus brefs que ceux de la prescription ordinaire. Il a été cependant soutenu qu'une telle clause ne peut être admise, parce que les dispositions de la loi concernant la prescription sont d'ordre public et ne peuvent être écartées par la convention contraire des parties; qu'au surplus, si l'on admettait la validité de cette clause, elle deviendrait de style dans les polices d'assurances, en violation de l'article 2220 du Code civil.

Nous adoptons pour le contrat de réassurance la solution que la Cour de cassation admet pour l'assurance; les raisons de décider étant les mêmes.

On peut faire réassurer en France une assurance étrangère. Il a été jugé, à ce propos, que l'engagement pris par une compagnie française, dans un contrat de réassurance, de se soumettre aux clauses et conditions de la police d'assurance étrangère, a pour effet de rendre la législation étrangère applicable à la réassurance, notamment au point de vue de la prescription de l'action (Sirey, 1883, 2, 65).

Or, les législations étrangères diffèrent beaucoup de la législation française sur ce point. Ainsi l'article 424 du Code italien est ainsi conçu : dans les assurances maritimes, le délai court du jour où finit le voyage assuré ou pour les assurances à temps, du jour où finit l'assurance. D'après le Code de commerce allemand (art. 910), la prescription qui est de cinq ans, commence à compter de l'expiration du dernier jour de l'année après la ter-

minaison du voyage ; dans l'assurance à temps limité, à compter du jour où elle a pris fin ; s'il y a défaut de nouvelles, à compter du jour où le navire est présumé perdu. En Angleterre, l'on suit le statut de Georges IV qui fixe la prescription à six ans. En Hollande, elle est de trois ans.

CHAPITRE VII

DE DIVERS CONTRATS PRÉSENTANT LE CARACTÈRE DE RÉASSURANCE.

A cause des règles spéciales auxquelles est soumis le contrat de réassurance (et la question s'est notamment présentée au point de vue de l'application de l'article 432) il y a intérêt à rechercher quand il y a réassurance et à distinguer de la réassurance diverses opérations juridiques qui ne doivent pas être confondues avec elle.

Tout d'abord, il faut poser en principe que la réassurance ne se présume pas. Mais faut-il en conclure que le contrat doit être expressément qualifié de réassurance?

Non, on peut admettre qu'il y a réassurance, alors même que cette expression n'est pas employée dans la police, lorsqu'il en ressort que l'intention des parties a été de faire un contrat de réassurance. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rouen le 12 décembre 1865 en refusant d'annuler une police de réassurance dans laquelle il n'était question que des objets couverts par l'assurance primitive, où le mot de réassurance n'était pas même prononcé et cela par l'unique motif qu'il n'y avait aucune dif-

férence entre les deux contrats au point de vue du risque (Sirey, 1866, 2, 103).

Mais l'opinion contraire a ses partisans ; elle a été adoptée par le tribunal de Marseille qui a plusieurs fois annulé des polices de réassurance dans lesquelles il n'était question que des objets compris dans l'assurance primitive (1).

C'est encore la solution admise dans plusieurs pays étrangers. Ainsi, la loi suédoise dispose qu'il doit être exprimé dans le contrat, à peine de nullité, qu'il a pour objet une assurance antérieure.

La même exigence se retrouve dans le Code finlandais (art. 175) qui édicte que la police doit contenir la mention spéciale de réassurance.

L'ancienne jurisprudence du Massachusetts exigeait pour la validité de la réassurance, que l'intention de réassurer fût exprimée dans la police ; la jurisprudence actuelle de ce pays semble avoir renoncé à ce formalisme.

Recherchons donc les principales hypothèses dans lesquelles il y a réassurance.

1° L'acte par lequel le membre d'une société d'assurances maritimes mutuelles fait assurer le montant de sa cotisation constitue, non une simple convention de garantie, mais un contrat de réassurance. En conséquence, l'action à fin de remboursement des cotisations ainsi réassurées se prescrit par cinq ans, et non par trente ans.

1. Voir Emile Cauvet: *opus citat.*, tome I, n. 295, page 337.

En effet, ceux qui adhèrent à une société d'assurances maritimes mutuelles, font assurer leurs propriétés sujettes aux risques maritimes et, en même temps, deviennent assureurs, jusqu'à une certaine quotité, des propriétés de leurs associés pour les sinistres maritimes pouvant frapper celles-ci pendant la durée de leur assurance ; en cette qualité d'assureurs, ils bénéficient de l'article 342 du Code de commerce qui permet à l'assureur de faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés.

C'est bien, en effet, le nom de contre-assurance ou réassurance que donnent à leurs conventions une compagnie réassureur à primes fixes et les membres réassurés d'une société d'assurances mutuelles ; dès lors, ce contrat de réassurance s'appliquant aux mêmes faits aléatoires, aux mêmes risques que l'assurance qui forme son objet, n'est lui-même qu'un véritable contrat d'assurance et doit donner lieu aux mêmes actions et exceptions et doit être régi par les mêmes lois et prescriptions qu'un tel contrat. Il en résulte, notamment, que l'action des membres de la société d'assurances mutuelles contre la compagnie réassureur à fin de remboursement des cotisations par eux payées est prescriptible par 5 ans, en vertu de l'article 432, à partir de la date du contrat de réassurance, et non à partir de l'appel des cotisations fait aux membres de la société d'assurances mutuelles ; car, en matière d'assurances, la loi commerciale déroge aux principes de l'article 2257 du Code civil en matière de garantie et de créance conditionnelle.

L'article 432 est une disposition formelle, absolue, ne comportant aucune exception ; il fait toujours courir la prescription de la date même du contrat, cette prescription ne pouvant être interrompue que selon l'article 434 du Code de commerce.

Ces solutions ont été contestées ; on a prétendu que le contrat, par lequel une compagnie d'assurances à primes fixes se charge de payer les cotisations dont pourront être tenus les membres d'une société d'assurances maritimes mutuelles n'est pas un contrat de réassurance, parce qu'il manque de l'élément essentiel à ce contrat, celui d'un risque maritime à courir d'une part, à garantir de l'autre, mais que ce n'est qu'une convention ordinaire de garantie qui doit être régie par les principes du droit commun, et notamment, au point de vue spécial de la prescription, par la prescription de trente ans et non par la prescription quinquennale de l'article 432 du Code de commerce.

Pour justifier la prescription du droit commun dans notre hypothèse, on disait encore, que la convention par laquelle la Compagnie à primes fixes se met au lieu et place des membres de la société mutuelle, a seulement pour objet la substitution d'une prime fixe à une prime variable et qu'elle est une convention aléatoire, inconnue, soumise au droit commun. En effet, ajoutait-on, le membre de la société mutuelle doit une cotisation qui varie selon l'importance des sinistres ; en contractant avec la compagnie à primes fixes, il acquiert l'avantage de n'avoir

à payer qu'une prime fixe ; il se décharge de l'aléa qui résultait pour lui de l'assurance mutuelle ; mais l'obligation de la compagnie à primes fixes n'est pas souscrite en vue de la perte d'une chose assurée ; l'aléa qui résulte de son contrat ne porte pas sur des risques maritimes, mais seulement sur le risque d'avoir à rembourser des cotisations supérieures à la prime stipulée des membres de la société mutuelle : ce n'est pas une obligation résultant d'un contrat de réassurance et, dès lors, soumise à l'article 432.

Mais, nous l'avons vu, le membre d'une société mutuelle est, à la fois, assureur et assuré ; l'obligation qu'il contracte comme assureur dépend de la réalisation des événements de mer, et lorsque la compagnie à primes fixes s'engage à payer ces cotisations à sa place, elle assume une obligation dépendant des mêmes événements de mer, et leur convention est, dès lors, un véritable contrat de réassurance, puisqu'on y trouve un risque maritime bien caractérisé : il s'ensuit que c'est bien la prescription de l'article 432 qui lui est applicable et non la prescription du droit commun.

2° Autrefois on appelait réassurance le contrat par lequel l'assuré se garantissait, par une assurance spéciale, contre l'insolvabilité de l'assureur qui avait pris à sa charge les risques de mer auxquels sa chose était exposée. L'article 20 de l'ordonnance autorisait expressément un tel contrat ; il est loisible, disait-il, aux assurés, de faire assurer la solvabilité des assureurs. Bien que le

Code de commerce ne reproduise pas cette autorisation, il n'est pas douteux qu'un tel contrat est licite ; il ne tombe pas sous le coup de l'article 359 du Code de commerce qui défend de faire assurer deux fois la même chose ; car l'assurance de la solvabilité de l'assureur est bien distincte de l'assurance de l'objet assuré. Mais ce n'est pas une réassurance ; on a même dit : ce n'est pas un contrat d'assurance, ce n'est qu'un cautionnement.

L'assurance de la solvabilité de l'assureur diffère profondément de la réassurance. La réassurance est conclue par l'assureur qui se décharge sur autrui des risques que lui fait courir l'assurance. L'assurance de solvabilité est conclue par l'assuré. Elle a un objet absolument distinct de celui de la première assurance ; elle a pour but de garantir la créance éventuelle d'indemnité que l'assuré a acquise en vertu de la première assurance ; l'assuré, en assurant la solvabilité de son débiteur, l'assureur des risques, se procure une caution. Le nouvel assureur est une caution, un garant qui renonce au droit d'user du bénéfice de discussion, puisque cette assurance a précisément pour but de mettre à sa charge le risque de l'insolvabilité du premier assureur.

L'assuré paie une nouvelle prime pour cette nouvelle assurance. ..

Il ne libère pas le premier assureur ; en cas de réalisation des risques de mer, il conserve le droit de poursuivre l'un ou l'autre de ses assureurs, soit le premier, toujours tenu en vertu de la première assurance, soit le

second, avant le premier, puisqu'il a renoncé au bénéfice de discussion. L'assuré ne touche pas une double indemnité ; si le premier assureur paie en totalité ou en partie, le risque que courait le second ne se réalise pas ou seulement partiellement ; il n'est pas débiteur ou ne l'est qu'en partie. Si c'est le deuxième assureur qui paie, il prend la place de l'assuré dans la première assurance, en vertu des articles 2028 et 2029 du Code civil ; il poursuit le premier assureur et il court, en vertu de la deuxième assurance, le risque de son insolvabilité.

La première assurance est une assurance maritime ; elle protège contre les risques de mer.

La deuxième assurance n'est pas une assurance maritime ; la créance d'indemnité contre le premier assureur n'est pas soumise à des risques de mer ; cette considération présente de l'intérêt au point de vue de l'article 332 du Code de commerce, si l'on admet que cet article ne s'applique pas aux assurances non maritimes.

En parlant de l'assurance de la solvabilité de l'assureur, Emerigon (1) disait que hors le cas de faillite, ce serait faire injure à l'assureur que de faire assurer sa solvabilité. « Je ne sais, ajoutait-il, s'il ne serait pas en droit de s'en plaindre, car le crédit est la richesse des négociants. » Cette observation est encore exacte ; aussi les assurés, ne voulant pas blesser ou discréditer leurs assureurs, n'assurent pas directement la solvabilité de

1. Emerigon : *opus citat.*, chapitre VIII. Section XVII.

ceux-ci. Ils recourent à un moyen détourné, qu'on appelle la reprise d'assurance.

C'est une cession que fait l'assuré de ses droits éventuels contre son assureur. Si les risques que garantissait celui-ci se réalisent, c'est le cessionnaire qui est débiteur de l'assuré, et, en retour, ce cessionnaire est créancier de l'assureur ; il est subrogé aux droits de l'assuré en cas de sinistre.

Ce contrat diffère aussi de la réassurance. La réassurance est conclue par l'assureur ; la reprise d'assurance est contractée par l'assuré. La réassurance est pour l'assuré *res inter alios acta* ; il n'acquiert aucun droit contre le réassureur. La reprise d'assurance est l'œuvre de l'assuré et oblige le cessionnaire envers lui.

Souvent les compagnies d'assurances interdisent expressément la reprise d'assurance, sous peine de nullité de l'assurance.

D'autres compagnies, dit M. Desjardins (1), se bornent à stipuler sous une clause pénale que la reprise d'assurance leur sera déclarée ; la jurisprudence admet qu'aucune forme particulière n'est prescrite pour cette déclaration ; mais elle applique à la lettre la clause pénale et les contrats primitifs sont généralement annulés.

3° On verra plus loin qu'on discute la question de sa-

1. Arth. Desjardins : *Traité de droit commercial maritime*, tome VI, n. 1372 : pages 243-244.

voir s'il y a réassurance dans le cas d'un traité entre deux compagnies, par lequel l'une garantit à l'autre, moyennant une quote-part sur les primes, une quote-part de toutes les assurances souscrites par celle-ci.

CHAPITRE VIII

DES TRAITÉS DE RÉASSURANCE.

Jusqu'à présent nous avons étudié ce qu'avec M. de Courcy (1) on peut appeler « les réassurances de polices définies, particularisées. » C'étaient les seules réassurances pratiquées au temps de la confection du Code de commerce ; le législateur d'alors « ne pensait qu'à des réassurances isolées, contractées à prix débattus, postérieurement à l'assurance (2) », qu'à des contrats dans lesquels l'assureur et le réassureur connaissaient, au moment de leur conclusion, l'étendue des risques que l'un acceptait, dont l'autre le déchargeait.

Mais la navigation à vapeur et le télégraphe ont nécessité d'autres genres de contrats où les obligations de l'assureur et du réassureur ne sont pas définies, délimitées, au moment de leur conclusion. Ils ont donné naissance aux polices d'assurance d'abonnement et aux traités de réassurance.

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, page 302.

2. De Courcy : *Les deux sortes de traités de réassurance* (brochure 1885), page 8.

« Très souvent, en effet, dit M. de Courcy (1), les avis, factures et connaissements, sont confiés au navire même sur lequel voyagent les marchandises et n'arrivent qu'avec le navire. Si le bâtiment fait naufrage, la nouvelle en est apportée par le télégraphe qui devance les avis de chargement. L'assurance serait impossible si elle-même ne devançait les avis. Tel est le principal intérêt qui a généralisé l'usage moderne des polices d'abonnement ». Par ces polices, les commerçants font assurer, d'avance, toutes les marchandises qu'ils expédieront ou qu'on leur expédiera pendant un délai déterminé, sans désignation ni des marchandises, ni du navire.

Mais, en souscrivant ces polices, les assureurs sont en danger d'avoir à supporter des risques dépassant leur plein sur un même navire, une quantité considérable de marchandises pouvant être, à leur insu, chargées sur un même navire pour le compte de différents assurés. Or, dans l'assurance *in quovis* « c'est le fait du chargement qui donne la vie à l'assurance sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de la volonté des contractants » (Cassation : 2 févr. 1857) (2). Donc, dès l'instant où des marchandises auront été chargées dans les conditions prévues par le contrat, l'assureur courra les risques, à son insu, et le contrat ayant permis le chargement *in quovis* sans limitation, l'assureur peut se trouver obligé à la

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, p. 309.

2. Sirey, 1857, 1, 657.

garantie de risques dépassant son plein sur le même navire et dont la réalisation le mettrait en déficit.

En cela, il viole ses statuts. Car « la condition de la sécurité des opérations d'une compagnie d'assurances est précisément la modération des pleins, l'équilibre et la pondération des risques. Il faut qu'un sinistre ne puisse pas être un désastre. Aussi la préoccupation dominante des directeurs est d'éviter les excédants de plein : il y va de leur responsabilité ». De Courcy (1).

Dans ce but, pour se mettre en règle avec leurs statuts et pour éviter « des risques de sommes immodérées qui rendraient ruineuse une perte », les compagnies d'assurances peuvent, il est vrai, ne souscrire des polices d'abonnement que pour des sommes qui ne dépassent pas leur plein ; mais cette pratique serait pleine d'inconvénients : elle éloignerait la clientèle. Aussi les compagnies recourent-elles à un autre moyen ; de même que les assurés se précautionnent, d'avance, de polices flottantes ou d'abonnement, pour n'être pas surpris par la réalisation de risques qu'ils ne connaissaient pas et dont ils ne pouvaient dès lors se garantir ; de même les assureurs se précautionnent, d'avance, contre les excédants de plein par des traités de réassurance, c'est-à-dire par des traités généraux qui fixent, d'avance, les conditions dans lesquelles le réassureur supportera les risques garantis par

1. De Courcy : *Question de droit maritime*, 4^e série, pages 310 et 311.

l'assureur. Mis à l'abri par un tel traité, l'assureur peut souscrire des polices portant sur toutes marchandises à expédier dans tel délai, sachant que pour l'excédant de son plein, l'indemnité qu'il aura à payer à l'assuré, en cas de sinistre, sera supportée en partie par le réassureur.

Les traités qu'on appelle traités de réassurance d'excédant ou de trop plein atteignent directement ce but. « Ce traité est, écrit M. de Courcy, une espèce de soupape de sûreté, ou, pour employer une image plus juste encore, un déversoir par où s'écoule le trop plein. Mis en possession de cette précieuse machine, l'assureur peut multiplier ses opérations sans craindre d'être surpris par une catastrophe qui en dérangerait l'équilibre. Il garde pour lui, les utilisant pour son usage, ses risques, qui sont la matière de son trafic, jusqu'à la limite qu'il a fixée, de même que les eaux provenant de diverses sources s'accumulent dans un réservoir, s'élevant jusqu'à un certain niveau. Ce niveau atteint, le déversoir fonctionne aussitôt, automatiquement. Le trop plein s'écoule : il n'y a pas d'inondation. Ainsi s'écoule l'excès des risques, qui va se placer sous la garantie des réassureurs (1). »

Le traité de réassurance est donc une précieuse garantie pour l'assureur. Elle peut cependant se trouver parfois insuffisante : le réassureur, lui aussi, a un plein ; il ne prend les risques de l'assureur que pour une somme

1. De Courcy : *Les deux sortes de traités de réassurance*, pages 5 et 6.

déterminée : au-delà, l'assureur est seul tenu ; il doit donc veiller, soit à ne pas souscrire des assurances pour une somme excédant à la fois son plein et celui du réassureur, soit à se précautionner de traités de réassurance en nombre suffisant ; l'assureur peut se décharger d'avance, par des traités conclus avec plusieurs réassureurs, de son premier, deuxième, troisième, quatrième excédant.

A côté du traité de réassurance d'excédant ou de trop plein, l'on pratique aussi le traité appelé traité de réassurance de partage ; en fait, il peut produire le même résultat que le premier ; mais son but direct n'est pas de décharger l'assureur des risques qui excèdent son plein.

Par ce second traité, assureur et réassureur supportent en commun, dans une proportion déterminée d'avance, tiers, quart, moitié, tous les risques, quels qu'ils soient, acceptés par l'assureur ; c'est un contrat de partage ou d'association.

Le traité de réassurance d'excédant et le traité de réassurance de partage sont, l'un et l'autre, des conventions générales qui fixent les rapports de l'assureur et du réassureur.

Ces conventions engendrent une série de contrats particuliers qui viennent délimiter, dans des cas spéciaux, les obligations générales créées par les traités de réassurance. Ces contrats particuliers sont de véritables contrats de réassurance, indépendants les uns des autres et auxquels s'appliquent, en principe, toutes les règles que nous avons précédemment exposées. Ces contrats parti-

culiers sont formés, délimités par des applications d'aliment, c'est-à-dire par des espèces de polices qui spécifient les risques que le réassureur doit garantir, qui appliquent, en quelque sorte, à des risques, dès lors définis, délimités, les obligations générales, non définies, établies par les traités de réassurance. C'est à l'aide de carnets, délimitant le contrat et contenant tous les renseignements utiles au réassureur que sont faites les applications d'aliment. Et il a été jugé par le tribunal de commerce du Havre, le 19 février 1867 (*Journ. du Havre*, 1867, 1, 106) que, si deux compagnies d'assurances sont convenues que l'une se chargerait, à des conditions arrêtées à l'avance, de la réassurance de certains excédants de risques souscrits ou à souscrire par l'autre, et s'il arrive qu'une réassurance soit donnée par cette dernière compagnie à la première, en dehors des cas prévus et des conditions arrêtées, cette réassurance n'en doit pas moins produire son effet, et demeurer à la charge de la compagnie réassureur, du moment où celle-ci l'a positivement acceptée. Et, dit le tribunal, l'on doit considérer comme acceptation d'une réassurance les visas mis par la compagnie réassureur sur les carnets servant aux deux compagnies pour l'inscription des risques donnés en réassurance et sur lesquels a été porté le risque litigieux, d'abord comme provisoire et ensuite comme définitif.

Nous allons étudier séparément les effets des deux sortes de traités.

1^o Traité de réassurance d'excédant.

Il a pour but, nous l'avons vu, de décharger l'assureur de l'excédant de son plein.

Le plein du réassuré peut porter sur des risques d'une nature autre que ceux que garantit le réassureur. Ainsi le plein de l'assureur peut être composé indistinctement par le navire, les frets des marchandises, et des marchandises; le plus souvent au contraire, l'obligation du réassureur ne portera que sur des marchandises. Et, dans une hypothèse de ce genre, le plein du réassuré pouvant comprendre des frets et autres risques, le réassureur ne garantissant que des marchandises, il a été jugé par la Cour de Rouen, le 4 juillet 1881 (*Journ. du Havre*, 1881, 2, 168) que, si le réassuré a compris, dans son plein, un fret pour un voyage d'aller et retour qui ne s'est point effectué par suite du naufrage du navire au départ, le réassureur ne peut être tenu à aucun remboursement envers le réassuré, et la réassurance n'a point d'aliment, si, déduction faite de ce fret, le plein du réassuré n'a pas été atteint.

Le réassuré s'applique à lui-même les risques jusqu'à concurrence de son plein; lorsque celui-ci est dépassé, il doit les appliquer au réassureur. Dans ces applications, il est tenu d'apporter la plus grande bonne foi. Mais la pratique ne tient pas compte de quelques erreurs, omissions ou négligences. En effet, comme le dit M. de

Courcy (1), « les traités de réassurance sont des conventions par lesquelles le réassureur est obligé de faire confiance, pour la régularité des applications, non seulement à la loyauté de la compagnie réassurée et à l'exactitude du travail de ses bureaux, mais aussi à son appréciation, sans avoir aucun moyen effectif de contrôle ni de surveillance journalière. C'est le réassuré qui commence par interpréter lui-même, seul et sans contradiction, le traité en ce qui pourrait être douteux quant aux applications qui lui sont dues, sans que le réassureur soit appelé à concourir à cette interprétation ; et des erreurs ou des omissions même répétées ne paraissent pas devoir prévaloir contre le texte précis d'un traité de réassurance lorsqu'elles proviennent d'une négligence accidentelle ; car les réassureurs ont nécessairement assuré les risques de quelques négligences difficiles à éviter dans les détails multiples des applications, négligences qui peuvent être compensées par d'autres en sens contraire, dans la réclamation des proratas de ristournes et de menues avaries ».

Le réassureur n'est cependant pas à la merci du réassuré. Tout d'abord, généralement, les traités fixent un délai dans lequel le réassuré doit notifier au réassureur les applications des risques qui sont à la charge de ce dernier. Et si le réassuré n'observe pas le délai fixé il est déchu de droit de faire des applications tardives. Mais il

1. De Courcy : *Questions de droit maritime*, 4^e série, pages 320-321.

va de soi qu'il jouit de tout ce délai. C'est en ce sens qu'a statué la Cour de Rouen, le 26 avril 1869 (*Journ. du Havre*, 1871, 2, 1), dans une hypothèse où le réassuré avait un délai de quatre jours pour fournir de nouveaux aliments, cette Cour a décidé qu'il n'avait pas l'obligation de notifier immédiatement au réassureur les aliments dont il avait connaissance.

En outre; il a été plusieurs fois jugé, par les tribunaux, qu'à la liquidation, le réassureur est en droit d'exiger la communication la plus complète des livres du réassuré pour reconnaître si les applications ont été faites conformément aux traités. Et même que cette communication ne peut être refusée par le réassuré sous prétexte que des comptes-courants établis par le réassuré ont été reçus sans réserves par le réassureur, ces règlements ayant toujours un caractère provisoire (Cour de Paris, 9 mars 1885 : *Journ. du Havre*, 1885, 2, 223).

Une question importante à résoudre est celle de savoir quand commencera l'obligation du réassureur. L'idée dominante du traité de réassurance d'excédant, c'est que l'assureur garde pour lui les risques jusqu'à concurrence de son plein ; son seul but est de se décharger des risques qui dépassent le plein fixé. Cette idée doit servir à résoudre la question posée. Il ne faut pas hésiter à donner la solution suivante.

L'obligation du réassureur ne prend naissance que lorsque le plein du réassuré est atteint ; auparavant, tous les risques sont à la charge du réassuré seul. C'est seu-

lement quand le plein est atteint que la réassurance peut être alimentée, que le contrat devient une association et que les risques sont désormais supportés proportionnellement par l'assureur et le réassureur. C'est en cela que le traité de réassurance d'excédant diffère du traité de réassurance de partage ; le premier ne devient une association entre assureur et réassureur qu'au moment où le chargement excède le plein de l'assureur ; le deuxième est une association dès le commencement du chargement.

Ainsi, le plein de l'assureur sur un navire étant de 100,000 francs, tant que les objets mis en risques sur ce navire n'atteindront pas cette somme, l'assureur seul sera tenu de l'indemnité, s'il se produit un sinistre. Un incendie, un abordage surviennent-ils pendant que le navire est en chargement, alors que les marchandises chargées au moment de ce sinistre n'atteignent pas le plein de l'assureur, celui-ci sera seul tenu de la réparation de l'abordage ou de l'incendie.

Mais, dès que le plein est atteint, le déversoir fonctionne, l'obligation du réassureur commence et ne cesse qu'à l'extinction des risques ; l'association dès lors formée est indivisible, indissoluble. Cette solution trouve son application dans l'hypothèse suivante : le plein a été atteint ; des marchandises ont été chargées sur le navire pour une somme de 150,000 francs ; postérieurement, les marchandises sont divisées et chargées, par moitié, sur deux navires ; le réassureur n'en reste pas moins

tenu ; il ne serait déchargé que par une convention expresse.

Le tribunal de commerce de Nantes, le 30 mai 1885, et la Cour de Rennes, dans un arrêt confirmatif de ce jugement, rendu le 4 mai 1886 (Sirey, 1889, 2. 189) ont eu à résoudre le point de savoir quand les risques commencent pour le réassureur et l'ont résolu dans un sens opposé à celui que nous venons d'indiquer. Pour ces tribunaux, le traité de réassurance d'excédant doit être considéré comme une convention sous condition suspensive qui a pour effet, du moment où la condition se trouve accomplie, c'est-à-dire, du moment où le plein réservé par l'assureur est dépassé par les applications faites par l'assuré, de produire l'indivisibilité des risques entre l'assureur et le réassureur sur la totalité de l'aliment fourni à la police par l'assuré, à compter du jour où l'engagement a été contracté et sans qu'il y ait à tenir compte de l'ordre des chargements. Et, par suite, lorsque la police d'assurance est alimentée par un chargement dépassant le plein de l'assureur et qu'un sinistre a détruit, pendant le chargement et avant la déclaration d'aliment, les marchandises déjà chargées, le réassureur est tenu de contribuer avec l'assureur au règlement de l'avarie, encore bien qu'au moment du sinistre la valeur des marchandises aux risques de l'assureur fût inférieure au plein réservé par celui-ci.

Mais cette solution méconnaît la différence fondamentale qui existe entre les deux traités de réassurance ; et

tandis que le traité de partage est une association entre l'assureur et le réassureur, dès le commencement du chargement, le traité d'excédant ne devient une association que le jour où le chargement dépasse le plein de l'assureur.

Cette solution est fondée sur l'article 1179 du Code civil; le traité d'excédant crée, dit-on, à la charge du réassureur, des obligations sous la condition suivante : si le plein de l'assureur est dépassé; et, lorsque ce plein est dépassé, la condition étant accomplie rétroagit, en vertu de l'article cité, au jour où l'engagement a été contracté, c'est-à-dire au jour même du premier chargement qui, nous l'avons dit, fait naître les obligations à leur insu. Le traité d'excédant est, en quelque sorte, un traité de partage sous condition suspensive.

Cette théorie ne peut être adoptée. Dans le traité d'excédant, l'intention des parties est la suivante : le réassureur s'engage à condition que le réassuré gardera à sa charge exclusive les risques tant que son plein ne sera pas atteint. Et, c'est seulement quand ce plein est dépassé que le réassureur décharge l'assureur de cet excédant. C'est si bien l'intention des parties que l'assureur ne fait des applications à la réassurance que quand son plein est dépassé. Et leur situation doit être réglée, par analogie, selon les articles 359 et 360 du Code de commerce, c'est-à-dire comme si la valeur des effets chargés avait été assurée par un premier contrat, par l'assureur pour son plein; puis, par un deuxième contrat, par le réassureur,

pour l'excédant ; les contrats se distingueraient nettement par leurs dates ; mais, après leur double conclusion, leur aliment étant commun, les risques seraient supportés proportionnellement par l'assureur et le réassureur, tandis que dans l'intervalle du premier au second contrat, les risques ne seraient supportés que par l'assureur.

Donc, au moment où le plein de l'assureur est dépassé, le contrat spécial de réassurance prend naissance en vertu de la convention générale du traité de réassurance.

Alors, tous les effets du contrat de réassurance se produisent :

Obligation du réassureur de rembourser au réassuré sa part proportionnelle dans le sinistre.

Obligations principales du réassuré : 1° de payer la prime fixée, avec ou sans bonification, suivant la convention ; 2° de prouver, en principe, son droit au remboursement.

Mais, souvent, dans le traité de réassurance, on retrouve la clause que nous avons précédemment examinée, et par laquelle le réassureur s'oblige à rembourser le réassuré sur la production de la quittance de l'assuré primitif.

Le tribunal de commerce de Nantes a jugé, le 6 avril 1861 (*Journ. du Havre*, 1861, 2. 198) que cette clause est valable, même lorsqu'il s'agit d'une assurance par abonnement sur navires indéterminés, et que si, dans la police de réassurance, le réassureur a déclaré accepter tous avenants souscrits et à souscrire en promettant de payer

sur la production de la quittance du premier assuré, il ne peut arguer de ce que le voyage déclaré dans le bordereau d'aliment aurait été modifié sans son consentement; car le réassuré est autorisé par de semblables stipulations à adhérer à toutes modifications du voyage sans le consentement du réassureur.

Ce que nous avons dit de cette clause trouve son application ici.

3^o Obligation de ne commettre ni réticence, ni fausse déclaration. L'article 348 est applicable aux traités de réassurance avec la sanction que nous avons indiquée: nullité du contrat et perte pour le réassuré de son droit au remboursement.

Le tribunal du Havre (*Journ. du Havre*, 1864, 1, 5) et sur appel, la Cour de Rouen (*Journ. du Havre*, 1864, 2, 21) ont jugé que lorsqu'un réassureur s'est engagé à garantir les excédants du réassuré, à charge par celui-ci de notifier au réassureur les excédants applicables à la réassurance dans les trois jours de la souscription qui y donne lieu, on doit annuler, pour cause de réticence ou de fausse déclaration, l'application faite par le réassuré de risques couverts déjà depuis longtemps par le réassuré sans en avoir avisé le réassureur dans le temps fixé par la convention, surtout lorsque l'application a été faite à une époque contemporaine de la perte et en connaissance de cette perte par le réassuré.

Mais il a été jugé à tort, selon nous (*Journ. de Marseille*, 1865, 1, 134), que lorsque la réassurance est la

conséquence d'accords entre deux compagnies dont l'une s'est obligée d'accepter tous les risques pris par l'autre en sus d'une somme déterminée; formant le plein de la signature de cette dernière, l'assureur qui fait réassurer son risque ne commet pas une réticence en ne déclarant pas au réassureur qu'il n'était lui-même chargé de ce risque que par suite d'une réassurance.

La prescription de cinq ans de l'article 432 s'applique aussi en notre cas. Ce texte ne faisant aucune distinction il faudrait décider que la prescription part toujours de la date du contrat. Mais cette solution aboutit parfois à un résultat que repousse le bon sens. Ainsi, une police d'assurance d'abonnement ayant été souscrite pour une durée de cinq ans, et l'assureur s'étant prémuni d'une police de réassurance d'abonnement, également pour une durée de cinq ans, il en résultera que le délai de la prescription décroissant au fur et à mesure des applications, elle pourra n'être que d'un jour pour l'application faite la veille de l'expiration de la police. Ce résultat ne peut-être admis, a-t-on dit, et il faut le corriger en ce sens que chaque application sera considérée comme donnant naissance à un contrat nouveau, soumis à une prescription spéciale; chaque application crée un contrat indépendant de ceux qui le précèdent et de ceux qui le suivent et l'article 432 s'applique séparément à chacun de ces contrats. Bien que la lettre de la loi soit violée par cette interprétation, il ne faut pas hésiter à l'admettre, tant est choquant le résultat que produirait son application rigoureuse.

2^o Traité de réassurance de partage.

A côté du traité de réassurance d'excédant qui retarde l'obligation du réassureur jusqu'au moment où le plein de l'assureur est dépassé, nous avons cité le traité de réassurance de partage qui crée, dès le jour du chargement, une association entre l'assureur et le réassureur. Dès ce jour, le réassureur supporte les risques acceptés par l'assureur dans la proportion fixée par le traité. Mais il ne faudrait pas croire à un partage absolu, complet, en vertu duquel le réassureur prenant telle partie des risques, recevrait en échange la partie correspondante de la prime touchée par l'assureur. Souvent, en effet, celui-ci reçoit du réassureur une bonification sur le montant de la prime de sorte que le réassureur, encore qu'il rende service à l'assureur en le déchargeant d'une partie des risques, reçoit une prime moindre.

En fait, par cela même que les risques sont partagés, le traité de réassurance de partage permettra parfois à l'assureur de ne pas excéder son plein. Mais là n'est pas le but direct de ce traité. « Le traité de partage, dit M. de Courcy (1), correspond à certaines convenances et peut avoir pour l'assureur de très réels avantages. Il lui permet de diviser ses risques sans diviser sa clientèle.

1. De Courcy : *Les deux sortes de traités de réassurance*, page 7.

Il y a des intérêts réciproques à ce qu'une clientèle ne soit pas divisée.

En outre, si l'assureur, ce qui se voit très souvent aussi, obtient du réassureur une bonification, une commission supérieure à ses frais, il y a là, du fait seul du partage des risques, un bénéfice.

C'est la matière d'un trafic spécial qui a été très usité, c'est une industrie autre que celle de l'assureur, laquelle est évidemment de conserver, autant que possible, ses risques qui sont ses affaires. Aussi, quels que puissent être, en fait, grâce aux commissions, les avantages du traité de partage, cette convention n'a pas l'utilité essentielle et capitale du déversoir du trop plein ou du traité de réassurance d'excédant. »

Ce traité, comme le premier, crée des obligations générales, ayant un objet non encore défini. L'assureur définira, délimitera cet objet, comme dans le traité d'excédant, par des applications d'aliment notifiées au réassureur ; mais, ici, les applications doivent être faites dès le premier chargement, puisque le réassureur est tenu dès le commencement du chargement.

En principe, chacune de ces applications donnera vie à un contrat spécial de réassurance qui sera soumis à toutes les règles régissant un tel contrat, notamment à la prescription de l'article 432 (1). Mais le contraire peut

1. Voir : Cour d'Aix, 14 janvier 1889. *Revue intern. du droit maritime*, année 1888-1889, page 536.

résulter de l'intention des parties. Celles-ci peuvent, comme l'a dit la Cour de Montpellier (1), vouloir faire non un contrat d'assurance ni de réassurance proprement dit, mais une convention particulière par laquelle elles mettent en commun leurs intérêts respectifs, généralisant et unifiant, pour ainsi dire, entre elles, les conséquences des assurances faites ou à faire par l'assureur de manière à ce qu'on ne puisse pas voir dans un tel traité un contrat particulier de réassurance pour chacune des assurances souscrites par l'assureur, mais une communauté indivisible de responsabilités et de profits résultant de la généralité des assurances ; en un mot, une convention d'une espèce particulière participant à la fois du contrat commercial d'assurance et d'autres contrats de droit commun tels que la société et le mandat, et, soumise, dès lors, aux règles du droit commun, notamment à la prescription de trente ans.

Cette intention des parties pourra résulter des circonstances, par exemple, elle ressortira de l'établissement d'un compte-courant entre l'assureur et le réassureur. Ce compte-courant fera novation, créera une communauté indivisible d'obligations entre l'assureur et le réassureur. Les obligations des contrats particuliers, de réassurance, engendrées par les diverses applications, se fondront dans ce compte, perdront leur caractère d'obligations nées de contrats de réassurances pour prendre celui d'obligations

1. Dalloz, 1874, 2, 165.

nées d'un compte-courant et ne seront plus, par suite, soumises qu'à la prescription de trente ans, seule applicable à celui-ci.

Mais l'intention des parties, sur ce point, ne doit pas laisser de doute. Cependant la Cour de Montpellier (Sirey. 1873, 2, 213). Et après elle, la Cour de Cassation (Sirey, 1874, 1, 196), semblent décider que toujours, la convention par laquelle une compagnie d'assurances réassure tous les risques maritimes assurés ou à assurer par une autre compagnie dans des proportions et à des conditions déterminées, constitue non pas un contrat particulier de réassurance pour chacune des diverses assurances contractées par cette compagnie, mais un contrat d'une nature spéciale, participant à la fois du contrat d'assurance et des contrats de droit commun tels que la société et le mandat, et embrassant les profits et pertes à résulter de la généralité des dites assurances.

Dès lors la compagnie qui a fait la réassurance ne peut opposer à la demande en règlement à l'autre compagnie, la prescription exceptionnelle relative à chacun des différents contrats de réassurance auxquels donne lieu la convention primitive. Le règlement de cette convention est soumis, à raison de son indivisibilité, et pour toutes les opérations qui s'y rattachent, à la prescription unique et générale de trente ans. Et, ajoute la Cour, il en est surtout ainsi, lorsque l'exécution de la convention a eu lieu par compte-courant, la prescription trentenaire étant seule applicable au règlement en compte-courant.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — Le créancier gagiste avait, par transmission, la possession du débiteur.
- II. — L'interdit salvien n'a pas été, sous le nom d'interdit quasi-salvien, étendu à l'hypothèque.
- III. — Le créancier qui vendait la chose engagée agissait *procuratorio nomine*.

DROIT FRANÇAIS

- I. — En principe, les règles applicables aux polices d'assurance sont applicables aux polices de réassurance.

- II. — La clause par laquelle le réassureur s'engage à rembourser le réassuré sur la simple exhibition de la quittance de l'assuré n'est pas un mandat sans limites donné par le réassureur à l'assureur.
- III. — L'article 348 du Code de commerce est applicable aux réassurances.
- IV. — L'article 432 du même code leur est également applicable.
- V. — La réassurance d'excédant ne devient une coassurance que lorsque le plein de l'assureur est dépassé.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — Le mariage romain ne se formait pas par le seul consentement ; mais il n'était pas un contrat réel.
- II. — Dans le dernier état du droit, le mari n'était plus propriétaire des biens dotaux non estimés ou ne se consommant pas par le premier usage.
- III. — L'interdit *de precario* était un *interdictum recuperandæ possessionis causa comparatum*.

- IV. — Le demandeur à l'action négatoire devait prouver que son adversaire n'avait pas le droit de servitude auquel il prétendait.

DROIT FRANÇAIS

- I. — L'article 171 du Code civil n'a été édicté que dans l'intérêt des époux.
- II. — L'article 299 du Code civil qui porte : « l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit de puis le mariage », doit s'appliquer en cas de séparation de corps.
- III. — Le prodigue ne peut, sans l'assistance de son conseil judiciaire, faire, par contrat de mariage, de donations à son futur conjoint.
- IV. — La nullité du contrat de mariage du mineur qui n'a pas été régulièrement assisté, est une nullité absolue.

POSITIONS DIVERSES

- I. — L'armateur peut stipuler qu'il ne répondra pas des fautes du capitaine.

- II. — Quand un navire et sa cargaison ont été mis en péril par une faute du capitaine, le sacrifice fait pour éviter ce péril est une avarie commune.
- III. — La compagnie concessionnaire d'un chemin de fer n'a pas de droit réel sur la ligne qu'elle a construite.
- IV. — L'exploitation des chemins de fer par des compagnies concessionnaires doit être préférée à l'exploitation par l'Etat.
-

Vu : Le Président de la thèse,

CH. LYON-CAEN

Vu : Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des droits du créancier gagiste.

INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I. — De la <i>fiducia</i>	11
CHAPITRE II. — Du <i>pignus</i>	18
§ 1. — Du contrat réel de gage	18
§ 2. — Du droit réel de gage	23
CHAPITRE III. — De l'hypothèque	45
§ 1. — Influence de l'hypothèque sur le gage.	47
§ 2. — Effets communs du droit réel de gage et du droit réel d'hypothèque	65
§ 3. — Objet de l'hypothèque	93
Hypothèque des servitudes	94
Hypothèque des créances.	99

DROIT FRANÇAIS

De la réassurance en matière maritime.

INTRODUCTION	105
CHAPITRE I. — Utilité de la réassurance.	112
CHAPITRE II. — Caractères généraux et éléments essentiels de la réassurance	123

§ 1. — Caractères généraux de la réassurance.	125
§ 2. — Eléments essentiels de la réassurance.	134
Des risques	135
Objet de la réassurance.	150
Prime de la réassurance	162
CHAPITRE III. — Forme du contrat de réassurance	166
CHAPITRE IV. — Obligations du réassureur.	175
CHAPITRE V. — Obligations du réassuré.	182
CHAPITRE VI. — De la prescription en matière de réassu- rance	212
CHAPITRE VII. — De divers contrats présentant le caractère de réassurance.	218
CHAPITRE VIII. — Des traités de réassurance	227
§ 1. — Traité de réassurance d'excédant.	233
§ 2. — Traité de réassurance de partage.	242
POSITIONS.	247

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 15, rue Racine. Paris.
